



عَلَيْهِ أَصُولُ الْفَقِيرِ

وَيْلِيهِ

تَارِيخُ التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ



أَحْمَدُ ابْرَاهِيمُ بَك



عَلَمُ أَصُولِ الْفِقْهِ

وَيْلِيهِ

تَارِيخُ التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ

أحمد إبراهيم بك

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق

بجامعة فؤاد (الجامعة المصرية)

مابقا

دَارُ الْأَنْصَارِ

مكتبة - طباعة - نشر - توزيع
٨١ شارع البستان أمام جامع السيدة عائشة
ت ٩٢١٥٨١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أنعم به وتفضل؛ وصلاته وسلامه على سيدنا ومولانا
محمد الطاهر الأكل؛ وعلى جميع الانبياء والمرسلين، وعباد الله الصالحين
المصلحين. وبعد فهذه مذكرة موجزة في علم أصول الفقه اختصت
بها طلاب الفرقة النهائية من قسم اليسانس بكلية الحقوق بجامعة فؤاد
(الجامعة المصرية) في هذه السنة الدراسية (سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩)
سلكت فيها طريقة مبتكرة ابتدأتها، رجاء أن ينتفع بها الطلاب نفعا
صحيحا، وأن تكون باكورة عمل نافع لطلاب القوانين والشريعة
وأساس بناء صالح لهيكل تشريعي جديد تأتلف فيه الشريعة والقانون
في جميع الفروع بفضل الاخلاص في العمل، وفهم أن الشريعة في الشؤون
الدنيوية مبنية على أساس العدل في المعاملات، ومنع ظلم الناس بعضهم
لبعض فيها، وأكل الأموال بالباطل، وعلى درء للفساد وجلب الصالح
بالقدر المستطاع الذي يجعل جانب المصلحة هو الأرجح دائما في كل
تشريع جزئي. والتوفيق بيد الله:

أحمد إبراهيم

أستاذ الشريعة بكلية

الحقوق

ذو القعدة سنة ١٣٥٧

يناير سنة ١٩٣٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمهيد

يجب أن يعلم أولا أن النصوص الشرعية تتناول أمرين .
(أولهما) ما تتناوله نصوص القوانين الوضعية من الأعمال المدنية ،
والقضائية ، وأجزية الجرائم ، والعلاقات الدولية ، وما إلى ذلك .
(ثانيهما) أحكام ما يصدر عن الإنسان من الأقوال والأفعال
بالنسبة للآخرة . فتبين ما يجب فعله ، وما يجب تركه الخ . وما يترتب
على الفعل والترك من استحقاق الثواب والعقاب في الحياة الأخرى .
فهى تتناول أحكام الحياة الدنيا والحياة الأخرى جميعا ، وبذا يكون
نطاقها أوسع ، وما جاءت به من الأحكام مراعى فيه الحياتان كلتاهما .
وأما القوانين الوضعية فهى غير منظور فيها إلا إلى الأحكام
الدنيوية فحسب .

فكل فعل أو قول له فى حكم القانون الوضعى أثر واحد كالصحة
والبطلان وترتب المسؤولية واستحقاق الجزاء الخ . وأما فى حكم القانون
الشرعى فله أثران ، أولهما نظير ما سلفنا من أثر القانون الوضعى ،
والثانى كونه فعلا يستوجب عقاب أو ثواب الآخرة .

واضع القانون الشرعى

هو الله ، ويقال له الحاكم ، أو الشارع فهو الذى يوجب ما يشاء
ويحرم ما يشاء ويحل ما يشاء ، وهو الذى يرتب على الأقوال والأفعال
آثارها من صحة وبطلان ، لا شريك له فى ذلك ، وعلى هذا أجمعت

الأمة الإسلامية كلها . وقد لاحظ هذا واضع قوانين المحاكم الشرعية
عندنا فلم يقل لما أراد أن يمنعه لاقتضاء المصلحة منه : هذا باطل ، أو
محذور ، بل قال ملتجئاً إلى قاعدة تخصيص القضاء في مذهب أبي حنيفة
رضي الله عنه : لا تسمع الدعوى (أنظر المواد ٩٨ و ٩٩ و ١٢٩ و ١٣٧
من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وانظر قانون تحديد سن الزواج)
معرف حكم الله

اتفقت الأمة الإسلامية على أن معرف حكم الله بعد مجيئ الرسل
هو الرسول نفسه ، والرسول يتلقى الشرع عن الله تعالى بواسطة
الوحي ^(١) فيبلغه إلى من أرسل إليهم بلغتهم التي يفهمونها . لكن نظر
فريق من المسلمين وهم الأشاعرة ^(٢) إلى جانب الألوهية فقالوا إن
الله يحرم ما شاء ، ويحل ما شاء ويأمر بما شاء وينهى عما شاء وبالجمل
يشرع لعباده ما يشاء لأنه رب العالمين ومالك الملك ، فعال لما يريد ،
لا يسأل عما يفعل . وأن ما يأمر الله به فهو الحسن الجميل ، وما ينهى عنه
فهو القبيح الرديء .

ونظر فريق آخر من الأمة إلى جانب اللطف والحكمة والرحمة
فقالوا إن الله تعالى - وإن كان قادراً على أن يحرم ما يشاء ويحل ما يشاء
الح - لكن بمقتضى لطفه وحكمته ورحمته لا يأمر إلا بما يراه العقل
حسناً من قبل ، ولا ينهى إلا عما يراه العقل قبيحاً من قبل .

(١) يرجع إلى كل ما يتعلق بالوحي في كتب العقائد الدينية .

(٢) و (٣) سنتكلم على الأشاعرة والمعتزلة في القسم الثاني من المقرر وهو

تاريخ التشريع والأدوار التي مر بها الفقه

والواقع أن بعد ما جاء نبينا ﷺ بشريته السمحة رأينا «بالفعل» أن كل ما أمر به حسن يدرك العقل حسنه ، قبل الشرع ، وكل ما نهى عنه قبيح يدرك العقل قبحه قبل الشرع ، غير أن هناك أشياء يتردد العقل فيها فهذه يرجع في حسنها وقبحها إلى شرع الله تعالى ، فما أمر به منها كان حسنا ، وما نهى عنه منها كان قبيحا . هذا كله بعد مجيء الرسل أما قبل مجيء الرسول فقالت المعتزلة إن العقل معرف لحكم الله تعالى فما رآه العقل حسنا وجب على الناس فعله فان فعلوه استحقوا الثواب على فعله ، وإن تركوه استحقوا العقاب على تركه . وما رآه العقل قبيحا وجب على الناس تركه فان فعلوه استحقوا العقاب على فعله ، وإن تركوه لأنه قبيح استحقوا الثواب على تركه وهو لا رأوا أن العقل يمكنه أن يستقل بادراك الحسن والقبح في الأفعال وبادراك ما يترتب على فعل الحسن من استحقاق المدح والشكر والثواب ، وما يترتب على فعل القبيح من استحقاق الذم والعقاب .

وقد خالفهم الجمهور في الأخير فقالوا لا ثواب ولا عقاب على فعل قبل مجيء الرسل لأن العقول لا تنفق في حكمها بل عقل الشخص الواحد لا يثبت في حكمه على شيء من الأشياء ، على حالة واحدة . وأمر الثواب والعقاب بيد الله وحده فلا طريقة إلى العلم بشيء منهما إلا منه سبحانه وتعالى ويؤيد هذا قوله تعالى «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» ولقد أبد من قال إن الرسول هو العقل ، لأن القرائن والسياق والنصوص الأخرى تدفع هذا التأويل ولا تقبله . وقال تعالى «رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل»

وقد أطال علماء الأصول وعلماء الكلام في هذا الموضوع وتوسعوا فيه جدا ، وهأنذا جئتكم هنا بختلاصة واضحة تقية . ومن شاء أن يطلع على المناقشات فليراجعها في مواضعها

الحكم

عرفه علماء الأصول بأنه خطاب الله المنعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تحذيرا أو وضعا . ف قوله تعالى (يا أيها الناس اتقوا ربكم) خطاب منه تعالى للناس بطلب أن يتقوه . وقوله (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) خطاب منه تعالى للمؤمنين بأن يوفوا بعقودهم ، وقوله (لأننا كلنا أموالكم بينكم بالباطل) طلب الكف منهم عن ذلك ، وقوله (فإذا حللتم فاصطادوا) خطاب بإباحة الصيد لهم بعد تحللهم من الاحرام فمن شاء منهم الصيد فهو مباح له . وقوله (أقم الصلاة لدلوك الشمس) خطاب بأنه جعل دلوك الشمس سببا أى علامة على شغل ذمة المكلف بالصلاة ولذا طلب منه إقامتها عند وجود هذا السبب (١) . وقول النبي ﷺ لا يرث القاتل اعلام منه بأن القتل من موانع الارث بعد قيام سببه ، وهكذا فهذه الخطابات هي الحكم الشرعى عند علماء الأصول .

وقال الفقهاء إن الحكم هو الأثر المترتب على الخطاب كالوجوب لتقوى الله والوفاء بالعقود ، والحرمة لأكل الأموال بالباطل . والإباحة للاصطياد بعد الاحلال من الاحرام وسببية الوجوب لدلوك الشمس وممانعة القتل من الميراث .

ولا يترتب على هذا الخلاف في التعريف أثر عملى .

(١) دلوك الشمس غروبها ، وقبل زوالها ، من ميلها عن كبد السماء .

أقسام الحكم

ينقسم الحكم إلى قسمين — تكليفي — ووضعي .

الحكم التكليفي

هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تحييراً . ويندرج تحته خمسة أنواع وذلك لأن الشارع إما أن يطلب إيقاع الفعل ، وإما أن يطلب الكف عنه وإما أن يجعل المكلف فيه مخيراً بين أن يفعل وبين ألا يفعل . وهذا الأخير يسمى بإباحة ، والفعل يسمى مباحاً . والاول إما أن يطلب إيقاعه حتماً وهذا يسمى إيجاباً ، والاثـر المترتب عليه الوجوب ، والفعل واجب . وإما أن يكون طلبه غير حتم وهذا يسمى ندباً ، والاثـر المترتب عليه ندب أيضاً والفعل مندوب . والثاني إما أن يطلب الكف عنه حتماً وهذا يسمى تحريماً ، والاثـر المترتب عـليه يسمى حرمة ، والفعل محرم ، أو حرام ، وإما أن يطلب الكف عن الفعل طلباً غير حتم وهذا يسمى كراهة ، والاثـر المترتب عليه كراهة أيضاً ، والفعل مكروه وبذا صارت الأنواع خمسة: الإيجاب والندب والتحريم والكراهة والإباحة .

والواجب إذا كان ثابتاً بدليل قطعي يسمى فرضاً كالصلاة والصوم ، وإن كان ثابتاً بدليل ظني سمي واجباً (فقط) وهذا الفرق عند الحنفية . وقد رتبوا عليه آثاراً فقهية . وهذا في غير الحج على ما بين في محله

وللفرض تقسيم آخر . فرض عين ، وفرض كفاية ، ويقال واجب على العين وواجب على الكفاية .

فرض العين أو الواجب على العين هو ما يطلب حصوله من كل فرد من أفراد المكلفين كالصلاة والصوم ، وفرض الكفاية أو واجب الكفاية هو

ما يقصد الشارع حصوله من مجموع المكلفين لا من شخص ولا من أشخاص معينين منهم. والنوع الأول يجب على كل فرد أن يفعله لأنه واجب عيني عليه. والنوع الثاني إذا قام به بعض المكلفين سقط الطلب عن الباقيين. وإذا أهملوه جميعا كانوا آثمين مثاله - الصلاة على الموتي، والقضاء، والافتاء، ورد السلام، وأداء الشهادة.

(تنبيه) إذا تعين شخص للشهادة أو القضاء أو تأدية أى واجب من فروض الكفايات صار الواجب كفاية، واجبا عينا في هذه الحالة على من تعين له.

الحرام. كذلك الحرام إذا كان ثابتا بدليل قطعى سمي حراما وإن كان ثابتا بدليل ظنى سمي مكروها كراهة تحريرية. وهذا عند الحنفية أيضا. وعلى هذا تكون الأنواع سبعة.

الفرض، والواجب، والمندوب، والحرام، والمكروه كراهة تحريرية، والمباح. وشم أفعال طلب الكف عنها لكن من غير إشعار بالمقربة على فعلها، وقد سموا هذا الفعل بالمكروه كراهة تنزيهية كمنع الضوء من سؤر الهرة (أقسام الواجب).

(١) ينقسم الواجب إلى مطلق عن الوقت كالكفارات فإنها تؤدي في أى وقت من أوقات العمر، لكن الأفضل التعجيل خوفاً من الفوات. وموقت بوقت معين. والوقت ينقسم إلى ثلاثة أقسام.

(الأول) الموسع ويسمى ظرفا وهو الذى وسع على المكلف أن يأتى بالواجب فى أى جزء من أجزاء الوقت كالصلوات المفروضة.

(الثانى) المضيق ويسمى معيارا وهو ما كان وقته لايسع أن يؤدي فيه غير ما عينه الشارع له، وهو صوم رمضان.

(الثالث) الواجب ذو الشبهين وهو الحج ، يشبه وقته المعيار لأن العام لايسع إلا حجا واحدا ، ويشبه الظرف لأن أعمال الحج لا تستغرق كل أشهره^(١) وإذا فعل الواجب في وقته كان فعله أداء ، فإن كان الأداء غير كامل فاعيد في الوقت ثانيا سمي إعادة . فإذا فعل بعد خروج وقته سمي الفعل قضاء .
والأداء قد يكون كاملا وقد يكون قاصرا . فالكامل أن يؤدي المطلوب مستكملا لكل الأوصاف الشرعية كالصلاة جماعة . والقاصر أن يؤديه غير مستكمل لتلك الأوصاف كالصلاة منفردا .

ومن أمثلة الأداء الكامل ، ردالمغصوب بعينه على مالكه على الحال الذي كان عليه وقت الغصب . فإذا رده مشغولا بجناية جناها (مثلا) كأن يكون المغصوب عبدا فجنى جناية بعد الغصب ، كان الأداء قاصرا والقضاء إما أن يكون قضاء بمثل معقول أو بمثل غير معقول . مثال الأول قضاء الصوم بالصوم ، والصلاة بالصلاة ، وضمان المغصوب بالمثل أو القيمة ، ومثال غير المعقول - أى الذى لا يدرك العقل وجه المماثلة بين الأصل والخلف - كقضاء الصوم بالغدية عند العجز الدائم إلى الموت وضمان النفس بالمال فى القتل الخطأ .

(٢) وينقسم إلى واجب معين وواجب على الكفاية ، وقد تقدم .

(٣) وينقسم إلى محدد المقدار وغير محدد المقدار فالأول كالصلوات المنروضة

والزكوات وأثمان المشتريات ، وغير محدد المقدار كالانفاق فى سبيل الله .

(١) اختلف فى الحج هل هو واجب على الفور ، أو على التراخي ، مع الاتفاق على أنه لو أدى فى أى وقت من أوقات العمر كان فعله أداء لا قضاء وإنما تظهر ثمرة الخلاف فى الاثم فمن قال بوجوبه على الفور للقادر عليه المستوفى لشروطه كلها قال إنه يآثم بالتأخير ، ومن قال بوجوبه على الفور للمستوفى لا يآثم . والحج لا يجب إلا مرة واحدة فى العمر بالاجماع .

(٤) وينقسم إلى معين ومخير فالمعين ماطلبه الشارع عينا ، كالصلاة والصوم ورد المغصوب وأداء ثمن البيع ، والمخير ماطلبه الشارع لابعينه حتما من أمور معينة كأحد خصال الكفارة فإن من حنث في يمينه وجب عليه بإيجاب الله تعالى أحد أمور ثلاثة ، اطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة ، فإذا أتى بواحد من هؤلاء فقد أدى ماوجب عليه وبرئت ذمته ، والخيار له .
(أقسام المندوب)

تقدم أن المندوب هو ماطلب الشارع فعله طلبا غير محتم ، فإذا فعله المخاطب كان مثابا ، وإذا تركه فلا إثم عليه ، لكنه قد يستحق اللوم والعتاب وينقسم المندوب إلى ثلاثة أقسام :

(١) سنة هدى وهي ما كانت أقامتها تكميلا للواجبات الدينية كالآذان والجماعة وهذه تاركها ملوم . وقد قالوا لو اتفق أهل قرية على ترك الآذان والجماعة قوتلوا لأنهم تركوا شعيرة من شعائر الإسلام .

(ب) سنة زائدة وهي تشمل ما كان يفعله النبي ﷺ من الأمور العادية كعادته في أكله وشربه وأبسه وما إلى ذلك . فالإقتداء به في ذلك حسن وهو علامة حب المقتدى له ﷺ ، ومن ترك ذلك فلا لوم عليه .

(٣) النفل وهو ماشرع زيادة على الفرائض والواجبات والسنن كصلاة التطوع ، وصيام التطوع . والنفل يثاب الإنسان على فعله ولا عقاب ولا عتاب على تركه .

(أقسام الحرام)

تقدم أن الحرام هو ماطلب الشارع الكف عنه حتما ، وعلى هذا كان نعته موعان :

(١) ما ثبت طلب الكف عنه حتما بدليل قاطع من نص من الكتاب أو

السنة المتواترة . وهذا هو الحرام عند الإطلاق

(ب) ما ثبت طلب الكف عنه بدليل ظني وهذا من المسمى بالمكروه كراهة
تحريرية ، وقد سبق القول في ذلك .

ويلتحق بما تقدم المكروه كراهة تنزيهية كما تقدم .

(أقسام المباح)

ينقسم المباح إلى ثلاثة أقسام :

(١) أن يصرح الشارع بالتخير كما إذا قال إن شئتم فافعلوه وإن شئتم
فاتركوه .

(٢) ما صرح الشارع بنفي الحرج عن فعله .

(٣) ما لم يرد فيه شيء أصلا عن الشارع ، فيبقى على البراءة الأصلية .

(تنبيه) من شاء التوسع في هذا وفيما سيأتي من تمام الكلام في الحكم
فليرجع إلى كتاب أصول الفقه للاستاذ الشيخ محمد الحضري عليه رحمة الله
ففيه من البيان ما فيه الكفاية .

تقسيم الحكم الى رخصة وعزيمة

العزيمة :

هي ما شرع شرعا أصليا عاما لجميع المكلفين في عموم الأحوال كشرعية
الصلاة والصوم

الرخصة :

هي ما شرع استثناء من أصل كلي لمشقة تلحق المكلف لو طلب منه
الالتيان بالعزيمة كما إذا كان المكلف مريضا أو مسافرا في شهر رمضان فإنه
يرخص له في الإفطار ، وقضاء الصوم في أوقات أخرى . وكألا . . . يصلي قاعدا
إذا لم يتدر على القيام . قال الله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر

وتطلق الرخصة على معان أخرى . منها أن يرضع الحكم كليا ثم يستثنى منه الشارع حالة خاصة لمصلحة يراها . فقد نهى النبي ﷺ عن أن يبيع الإنسان ما ليس عنده ، ورخص في السلم فأجازه . ومنها توسعة الله على عباده في الترخيص لهم بقضاء ما ربههم وما فيه اللذة لهم ، والتوسعة عليهم من الأشياء غير المحرمة . ومنها أنه جعل تكاليف هذه الأئمة أخف من تكاليف الأئمة قبلها فضلا منه ونعمة .

الحكم الوضعي

هو خطاب الشارع المتعلق بمحل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا .
السبب :

هو جعل الشيء علامة على تعلق الطلب بنعمة المكلف كقوله تعالى « أقم الصلاة لدلوك الشمس » فقد جعل الدلوك علامة على توجه طالب الصلاة الى المكلف . وقد يجعل الشارع الشيء سببا أى علامة على الحل أو الملك أو غيرها من الآثار المترتبة على العقود الشرعية كالزواج والبيع وملبواهما فهذه العقود ليست مؤثرة بنفسها في ترتب الحكم بل الشارع هو الذي يرتب الحكم على وجودها صحيحة مستوفية لشروطها وأركانها . وقد يكون السبب ناسبا لشرعية الحكم عقلا كالقتل العمد لاستحقاق القصاص . والسفر لتخفيف الصلاة والرخصة في الصوم ويسمى السبب في هذه الحالة علة . فالعلة هي الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل مناطا للحكم يناسبه عقلا .

الشرط

هو ما يلزم من عدمه عدم الحكم أى عدم الأثر المترتب على العلة أو السبب فوجود المبيع شرط لانعقاد البيع المترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري

فإذا كان المبيع معدوما فالبيع لا ينعقد . وحياة الوارث عند موت المورث شرط لاستحقاقه الارث فان لم توجد أو كان مشكوكا في وجودها فلا يرث وبذا ينعدم حكم سببية موت المورث لإرث الوارث

المانع

هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم ، على عكس الشرط كالقتل العمد يمنع الوارث من الارث إذا قتل مورثه مع قيام السبب لاستحقاق الإرث —
وكالمحرمة تمنع حل المرأة لمن عقد عليها وهو محرم لها
ولا بد لكل من الشرط والمانع من حكمة مصلحية وقد بين ذلك بالتفصيل في مواضعه

الصحة والبطالان

الصحة هي ترتب المقصود من الفعل عليه في الدنيا وفي الآخرة . فإذا أدى المكلف ما فرض عليه من الصلاة (مثلا) ترتب على ذلك براءة ذمته في الدنيا كالمدين يؤدي ما شغل ذمته من الدين . وترتب على ذلك استحقاق الثواب في الآخرة كما وعد الله تعالى فضلامه ونعمة وإذا باشر الإنسان عقدا من العقود مستوفيا أركانها . وشروطه كالبيع (مثلا) ترتب على ذلك انتقال ملك المبيع إلى المشتري وتقرر الثمن في ذمته للبائع . وقد يثابان جميعا إذا حسنت من كل واحد منها النية وأراد بعمله تحقيق غرض الشارع وامثال أمره . ويقال للفعل في هذه الحالة من صلاة وبيع وغيرهما أنه فعل صحيح

البطالان

هو ألا يترتب على الفعل آثاره الذنبية لخلل في أركانه أو شروطه كما إذا صلى شخص بغير وضوء كانت صلاته باطلة لا تبرأ منها ذمته ، ويجب

عليه إعادتها . وكما إذا وهب الصبي هبة كانت هبة باطلة فلا يملك الموهوب له الشيء الموهوب ويجب رده أو ضمانه إن هلك

ثم إن كان الخلل في ركن العبادة أو شرطها كانت العبادة مع هذا الخلل باطلة بالاجماع ، وإن كانت المخالفة فيها راجعة إلى أمر خارج عنها مع سلامة الأركان والشروط كالصلاة في الأرض المنصوبة ، فعلى قول الجمهور تكون الصلاة صحيحة لأنها هي في ذاتها قد وقعت موافقة لما أمر به الشارع ، وإن كان فاعلها يستحق المؤاخذه على تلك المخالفة الخارجة عن نفس العبادة .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الصلاة باطلة من أجل مخالفة أمر الشارع . والمؤاخذه الأخروية موكول أمرها إلى الله .

و كذا المعاملات كالبيع (مثلا) إذا كان الخلل في ركنه أو في شروط انعقاده كان باطلا بطلانا كلياً فلا يترتب عليه أثر ما بل يكون في حكم العدم من حيث إفادته حكمه من ملك وحل الخ

وإن كان الخلل في وصفه كالبيع بثمن مجهول ، أو ثمن معلوم مؤجل وقد جهل أجله . فمن الفقهاء من نظر إلى المخالفة في ذاتها فحكم ببطلان العقد كذلك .

ومنهم من نظر إلى أن الفعل في أصله مشروع وأنه ليس عبادة ولا موضوعه الحل فقط كالزواج فكان بحسب الأصل مشروعاً لكن فاعله ارتكب مخالفة في بعض أوصافه فاعتبره فاسداً وجعله في منزلة بين منزلتين . وبذا صار للعقد أوصاف ثلاثة . صحيح ، وباطل ، وفاسد ، وتعرف أحكام العقد الفاسد والفرق بينه وبين الصحيح في كتب الفروع فلا نعرض لها هنا وإن كان العقد سليماً بأركانته وشروطه لكن خولف فيه أمر الشارع لأمر خارج عنه كالبيع بعد النداء إلى صلاة الجمعة فذهب الجمهور أن البيع صحيح تترتب عليه آثاره كلها

وذهب فريق من الفقهاء إلى أنه باطل من أجل المخالفة .

(تذييه) الرخصة والعزيمة والصحة والبطالان مندرجة تحت الحكم الوضعي
والآن أبين مواضع النصوص الشرعية التي نزل بها الوحي وتضمنت حكم
الله تعالى من جهة التكليف ومن جهة الوضع فأقول .

النصوص الشرعية التي جاء بها الوحي

وبلغها إلينا الرسول

بعضها في القرآن الكريم ، وبعضها منقول عن النبي صلى الله عليه
وسلم ، غير القرآن ويسمى بالسنة . فمجموعة النصوص التي جاء بها
القرآن وجاءت بها السنة هي قانون الشرع الاسلامي ، وقد أجمعت
الامة على هذا

القرآن الكريم

ويقال له الكتاب ، وهو مستغن عن التعريف . وهو أساس الشرع
الذي بنيت عليه أحكامه وأصلها وينبوعها وكل ما بين الدفتين ثابت
ببوتنا قطعيا لا شك ولا ريب فيه بطريق التواتر القطعي من لدن نزل به
الروح الامين ، على قلب الرسول صلى الله عليه وسلم من رب العالمين
إلى الآن . فالقرآن الذي هو بين أيدينا هو نفس القرآن في عصر
الرسول وفي الأعصار بعده ، لا تحريف ولا تغيير ولا تبديل فيه (إنا
نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون)

السنة النبوية

هي فرع الكتاب ، ومكملة له . وهي ما نقل إلينا عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير ، غير القرآن . وأكثر السنة ثابت بالوحي وبمضها ثابت بالاجتهاد من النبي ﷺ . والسنة يجوز نقلها بالمعنى لمن هو عارف باللغة العربية حق المعرفة ، وقام لما ينقله وضابط له ، من كل عدل ثقة . وأما القرآن فلا يجوز نقله بالمعنى إذ نظمه ومعناه كلاهما من الله تعالى ويتمتع بتلاوته في الصلاة وغيرها . وترجمته إلى غير اللغة العربية تخرجه عن تسميته قرآنا ، وإن كانت كاشفة عن معانيه عند من يفهم تلك اللغة التي ترجم إليها على قدر ما فهم المترجم وقد يخطئ . ومن أمثلة السنة القولية ، قوله ﷺ ، إنما الأعمال بالنيات ، وقوله من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها ، لا طلاق إلا بعد نكاح . ولا عتق إلا بعد ملك .

ومن أمثلة السنة الفعلية بيانه بالفعل لما أجمله الكتاب كالصلاة ، والحج

(١) معنى السنة في الأصل الطريقة المتبعة . وتطلق أيضا على البدعة ، تقول فلان يعمل بالسنة إذا كان تابعا في عمله لعمل الرسول ومقتديا به ، ومن ذلك أهل السنة ، وهم السواد الأعظم من الأمة ، وتقول فلان مبتدع أو من أهل البدعة إذا كان منحرفا عن طريقة الرسول في عمله ، وهذا ينتظم أهل البدع جميعا ، وهم المقابلون لأهل السنة .

ويطلق لفظ السنة أيضا على عمل الصحابة ولا سيما الخلفاء الراشدين لأنهم ما كانوا يخرجون عن اتباع الرسول ، ومارسوه لهم الدين ، ثم هم أعلم بالشرع ممن جاء بعدهم لأنهم تلقوه عن الرسول مباشرة فكان فهمهم إياه أكمل ، وعلمهم به أتم . وتقول فلان على سنة السلف الصالح ، أي على طريقته

وقضاؤه بشاهد واحد ويمين المدعى .

ومن أمثلة التقرير ، كل ما أقره ولم ينكره مما رآه أو سمعه من عمل أصحابه بحضرته أو في غيبته ، وقد يظهر منه ﷺ ما يدل على استحسانه ورضاه به .
ومن أمثلة ذلك أنه لما أرسل معاذًا إلى اليمن قاضيا قال له بم تقضى؟ فقال بكتاب الله ، قال فان لم تجد؟ فقال بسنة رسول الله ، قال فان لم تجد؟ فقال أجتهد رأيي فقال النبي ﷺ الحمد لله الذي وفق رسول رسوله لما يرضى الله ورسوله .
ومن أمثلة التقرير أيضا أنه لما طعن الطاعنون في نسب أسامة بن زيد - وكان الفراش قائما بين زيد وأم أسامة أى كانت زوجة له حين ولدت ولده أسامة - عرض الأمر على القائف^(١) فنظر القائف إلى أقدام زيد ، وإلى أقدام أسامة بعد أن غطيا كلاهما حاشا أقدامهما فحكم القائف بأن أقدام أسامة من أقدام زيد . فظهر حينئذ على النبي ﷺ الاستبشار ، فاستدل جمهور الفقهاء بهذا على أن القيافة تعتبر طريقا لثبوت الدعوى . وخالف في ذلك أبو حنيفة معالا استبشاره ﷺ بأنه لم يكن من الحكم وإنما هو من اقتناع الطاعنين بما حكم به القائف ولما يترتب على ذلك من كفهم عن الطعن في نسب أسامة بن زيد لكن يرد على أبي حنيفة بأن ترك انكار الرسول للقيافة ظاهر في أنها حق إذ لا يجوز ترك انكارها إلا إذا كانت حقا في نظره

(١) القائف هو الذى يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود. والقائف أيضا هو الذى يتبع الاثر يستدل به على صاحبه ، والجهة التى ذهب إليها . وفعله قاف يقوف كفوا أى تتبع الاثر أو نظر فى العلامات التى تربط شخصا بآخر برباط النسب . وجمع القائف قافة ، واسم العمل نفسه قيافة . وللعرب فى القيافة باع طويل ومعرفة عجيبة مدهشة وكذا العرب فى السودان المصرى وقد نقل لنا عنهم من الاخبار فى ذلك مالا يكاد يصدق السامع .

نقل السنة إلينا

في السنة ما هو متواتر ، نقله عن الرسول ﷺ جمع يؤمن نواطوهم
واتفاقهم على الكذب عادة ، ثم نقله عن هذا الجمع جمع مثاهم ، وهكذا
حتى وصل إلينا . وهذا القسم من السنة مقطوع بثبوته عن النبي ﷺ
فهو من حيث الثبوت كالقرآن ، إذ كل منقول عن الرسول بالتواتر
المفيد لليقين الذي لا شك ولا ريب فيه . ومنها ما نقل إلينا بغير طريق
التواتر بل نقل آحادا أولا ثم اشتهر وتلقته الأمة بالقبول ، وهذا
القسم قريب من الأول يفيد الطمأنينة ومنها ما نقل آحادا ولم يشتهر
كالأول ، وقد يكون متواترا في الأول ثم ينقل آحادا . وهذا القسم
إن كان جميع رواته من لدن الرسول حتى وصوله إلينا ثقات عدولا
ضابطين لما سمعوه ، كان ما نقلوه إلينا مفيدا للحكم الشرعي في المسائل
العملية دون العقائد بناءً ثبوته ثبوتنا ظنيا راجعا ، والظن الراجع كاف
في العمليات دون العقائد التي تركز على الأدلة القطعية .

ومما تقدم يتبين لك أن القرآن كل نصوصه قطعية الثبوت ، وأن
السنة منها ما هو قطعي الثبوت أو قريب من ذلك ، ومنها ما هو ظني
الثبوت ظنا راجعا آتيا من الثقة بالرواة . وهذه الأقسام الثلاثة للسنة
إنما هي بالنسبة لمن لم يسمعوا الحديث من الرسول ولم يروا فعله ولا
تقريره ، وأما الذين شاهدوا ذلك منه فالسنة كلها ثابتة عندهم قطعا
ثبوت شهادة وعيان

الخلاصة

ويستخلص مما تقدم أن مجموعة النصوص الشرعية من الكتاب
والسنة معا تنقسم أربعة أقسام :

(القسم الأول)

النصوص القطعية الثبوت ، والقطعية الدلالة معا ، وهي أنصوص القرآن التي لا تحتمل التأويل ، ونصوص السنة المتواترة النقل ، التي لا تحتمل التأويل ، وهذه النصوص تفيد العلم الذي يقطع كل احتمال ، أو يقطع الاحتمال غير الناشئ عن دليل ، أى تفيد اما علم اليقين واما علم الظمانينة

(القسم الثانى)

النصوص القطعية الثبوت ، الظنية الدلالة وهي نصوص القرآن المحتملة للتأويل أو التخصيص أو لهما معا أو للتفسير ، أو النسخ ، وسيأتى كل ذلك فى موضعه ومثلها فى ذلك السنة المتواترة

(القسم الثالث)

النصوص الظنية الثبوت القطعية الدلالة وهي نصوص السنة غير المتواترة لكنها لا تحتمل التأويل ولا التخصيص

(القسم الرابع)

النصوص الظنية الثبوت الظنية الدلالة ، ولا يكون هذا القسم إلا فى نصوص السنة غير المتواترة المحتملة لصرفها من ظاهرها^(١)

(١) وللجنة موسوعات بين أيدينا احتوت كل مانسب إلى النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو انكار من الرسول لبعض ما رآه أو سمعه ، وقد اشتملت هذه الموسوعات فى مجمرها على صحيح الأحاديث وضعيفها وموضوعاتها وبيان ما يقبل منها وما لا يقبل اضعف فى سنده ، أو لعلته فيه يدركها نقاد الحديث ذوو النوق السليم فى إدراك الصحيح والزائف كالصيرفى الماهر الذين مارسوا

(ملاحظة)

ويلاحظ أن نصوص القوانين الوضعية لا وجود للقسمين الثالث والرابع فيها لأنها مضبوطة محفوظة مدونة منتشرة تحت عين الدولة وسمعتها . بخلاف نصوص السنة فإنها لم تدون في عهد الرسول الأمين . بل دونت بعده بزمان طويل . كماستعرف هذا في تاريخ التشريع .

وعلى هذا لا يحتاج فقهاء القانون إلى النظر في سند النص ، لأن المتن ثابت عندهم قطعاً لما أسلفنا ، بخلاف فقهاء الشريعة بالنسبة لنصوص السنة غير المترتبة ، فانهم ينظرون في سند المنقول عن الرسول حتى يغلب على ظن المجتهد أن الرسول قال هذا ، وقد يضعف أحدهم سنداً يصححه غيره ، بل ربما ينكره . وإيرجع لمعرفة ذلك إلى كتب الأصول والفقهاء والحديث والخلاف . وأما متن كل من القانون الشرعي ، والقانون الوضعي فالنظر في فهم المراد من كل منهما يصح بناؤه على قواعد واحدة لأن الكل تشريع مكتوب بلغة من

هذه الصناعة حتى صار لهم ملكة فيها مع ماأنعم الله به عليهم من دقة الفهم وقوة النظر . بمعونة هذه الموسوعات يتيسر لنا أن نستأنف عمل الأولين من السلف الصالح ونجدد بناء هيكل التشريع على أساس أمتن وأدق ، وشكل منظم جميل جذاب . وكيف لا يمكن هذا ومستندات الشرع كلها بين أيدينا وماقام به سلفنا الصالح بالبحث والتحصيل والتدوين وتمييز الغث من الثمين ، والجيد من الرديء في تناولنا ، ومقاصد الشريعة في جق أمور الدنيا والآخرة معلومة لنا فأى شيء يمنعنا من تجديد الهيكل بمايسر الناظرين ، وينفع الناس أجمعين ويأتي بالخير والبركة من جميع الوجوه . وقد كتبت مقالة وافية في ذلك في مجلة كلية الحقوق في سنة ١٩٢٧ في شهر ديسمبر . والآن وجدت بمصر با كورة مبشرة لهذا العمل النافع نرجو أن تكون با كورة خير بإذن الله تعالى .

اللغات ، هذا الهى وذاك وضعى . ومن أجل هذا راعيت بالقدر المستطاع فى الامثلة التى أذكرها أن أذكر أمثلة من النصوص الشرعية ، وأمثلة أخرى من النصوص القانونية ليعرف طالب القانون أن القواعد التى وضعت لفهم المراد من نصوص القانون الشرعى ، يمكن استخدامها لفهم المراد من نصوص القانون الوضعى ، خصوصا بالنسبة لمصر لأن قوانينها مكتوبة باللغة العربية ، وبهذا يستفيد طلاب القوانين فائدة عملية عظمى من معرفة علم الأصول وقواعده المعينة على فهم المراد من النص بما يكون هو الصواب أو الاقرب إلى الصواب على الأقل .

وبهذا يكون طالب القانون والناظر فى نصوصه بمنجاة من الخلط والخطب فى فهم نصوصه ويكون تعبيره فى شرح النص تعبيرا منضبطا دقيقا ، (أوفيا كما يقول بعضهم) وتصويره تصويرا جميلا ، وبناء عبارته متينا .

منزلة السنة من الكتاب

للسنة من الكتاب أربع منازل

(المنزلة الأولى) سنة موافقة نصوصها لنصوص الكتاب ، وتعتبر

هذه السنة مؤكدة لما فى الكتاب

(السنة الثانية) سنة مفسرة لنصوص الكتاب الجملة ومبينة

للمراد منها بيانا مفصلا . وسنة مقيدة نصوصها لما جاء من الاطلاق

فى نصوص الكتاب وسنة مخصصة نصوصها لما جاء من العموم فى

نصوص الكتاب .

(السنة الثالثة) سنة ناسخة لبعض ما جاء فى الكتاب .

(السنة الرابعة) سنة أنت باحكام زائدة على ما جاء به الكتاب ، اما

بوحى ولما باجتهاد من الرسول المعصوم الذى لا يقره الله على خطأ مثل

الحكم يشاهد واحد ويدين المدعى ، ومثل تحريم الجمع في الزواج بين المرأة وعمتها أو خالتها .

وكل ما جاء به الرسول واجب علينا الأخذ به لانه شرع ، كالذي جاء به القرآن ، وإن كان في المرتبة الثانية بالنسبة لكتاب الله . وليس . هو كالمذكرات الايضاحية لمشروعات القوانين ولا كأحكام المحاكم ولا كأقوال الشراح بل هو جزء متمم لقانون الشرع الاسلامي الاصيل وهو القرآن الكريم ، فكلاهما شرع يجب اتباعه والعمل به قال الله تعالى « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » وقال « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة »

نصوص أخرى احتج بها بعض الفقهاء
وجعلوها من أصول الأحكام الشرعية

شرع من قبلنا

المراد به شرع الرسل السالفين ، صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين وقد ذهب فريق من أئمة الشرع الاسلامي منهم أبو حنيفة ومالك إلى أن شرع من قبلنا إذا ثبت نقله اليينا ثبوتاً لا شك فيه ، ولم يذسخه شرعنا اعتبر من أصول الأحكام الشرعية عندنا . وعلى هذا الأساس استدلل أبو يوسف على أن الرجل إذا قتل امرأة عمداً عدواناً يقتل بها بقوله تعالى حكاية عن شريعة التوراة « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » الآية . ومن ذلك قوله تعالى حكاية همامي صحف إبراهيم وموسى « ألا تزر وازرة وزر أخرى ، وأن ليس للانسان إلا ما سعى » الآيات واستدلوا على ما ذهبوا اليه بقوله تعالى « ثم أوحينا اليك أن اتبع

ملة ابراهيم حنيفا ، وبأن النبي ﷺ كان يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم يؤمر فيه بشيء .

وذهب فريق آخر الى الاقتصار على نصوص الكتاب والسنة أخذا بظاهر قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » لكن التأويل هنا ممكن بأنه لا مانع من بقاء بعض أحكام من الشرائع السالفة لصلاحية العمل بها زمن شريعتنا ، وأما ما لم يعد يصلح العمل به فقد اقتصر فيه على زمنه : وهذا لا ينافي أن يكون لكل رسول شرعة ومنهاج في جملة نصوصه وأحكامه .

ومما خطر ببالى وقت كتابة ما تقدم وقد رأيت من الأهمية بمكان ما روى عن النبي ﷺ أنه قال هممت أن أنهى عن الغيلة فنظرت الى الروم وفارس فاذا هم يغيلون أولادهم فلا يضر ذلك أولادهم شيئا والغيلة هى أن ترضع المرأة ولدها أو ولد غيرها وهى حامل .

ومن هذا يفهم كل ذى فهم : ويدرك كل ذى لب أن هذا المصاح العظيم ، والنبي الكريم ، ورسول رب العالمين ، لم يستنكف أن يقتدى بالروم وفارس فيما لا ضرر فيه من مقتضيات شؤون الدنيا وقد علمنا بذلك رعاية المصلحة أنى كان مأخذها . وبعد فقد قال الله تعالى « فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولو الالباب » .

وقد اقتدى بالرسول الاعظم فى ذلك خلفاؤه المهديون ولا سيما عمر رضى الله عنه فقد اقتدى بالروم وفارس فى وضع الدواوين وما إلى ذلك مما يقتضيه نظام الدولة فى حالتى الحرب والسلم وما تقتضيه المصالح

ولا يتنافى مع ما جاء به الدين ، والكلام في هذا يطول ولا يتسع له المقام هنا . وسنذكر شيئا من ذلك عند الكلام في المصالح المرسلة مذهب الصحابي . أى أفضيته وفتاواه وآراؤه الشرعية اعتبره بعض أئمة الفقهاء من الأصول التى تؤخذ منها الأحكام الشرعية ، فيجب على المجتهدين الذين جاءوا بعد الصحابة أن يأخذوا بما ذهب إليه الفقيه من الصحابة ولا تجوز مخالفته ولو كان رأيه اجتهدا . وذلك لأن الصحابة أقرب إلى فهم مراد الشارع ممن جاء بعدهم . وذهب الجمهور إلى أنه ليس بحجة مطلقة ، إذ آراؤهم يجوز عليها الخطأ والصواب كآراء غيرهم إذ الكل غير معصومين حاشا رسول الله الكرام . وفصل بعض العلماء فى المسألة فقال إن كان ما قاله الصحابي مما لا يدرك بالرأى فهو حجة لأن الظاهر أنه لم يقله من نفسه فيحمل على أنه سمعه من الرسول كالذى روى عن عائشة رضى الله عنها أن الحمل لا يملك فى بطن أمه أكثر من سنتين . وإن كان مما يدرك بالرأى ، وقد اشتهر ولم يعلم فيه خلاف فكذلك . ويسمى هذا اجماط سكوتيا ومن أمثاله ما استقر عليه الرأى فى عهد عمر من جعل حد السكر ثمانين جلدة . وفيما عدا هذين تردد . والراجح الاقتداء بما ثبت عن الصحابة الكرام للمعنى الذى أسلفنا إذا الصحابي يكون بذلك أقرب إلى إصابة الحق ولا سيما إذا كان فقيها مبرزاً . وقد أخذ أبو حنيفة برأى أنى بكر فى ميراث الجد مع الأخوة ، وأخذ الشافعى برأى زيد بن ثابت فى ذلك ، وأخذ جميعا برأى العباس فى المول . وهكذا مما لا يحصى كثرة . وقد توسع بعض الفقهاء

فرأى الاحتجاج أيضا بأقوال بعض كبار التابعين كشرح القاضى فى
الافضية والفتاوى .

والاسلم ألا يعتبر شىء من ذلك أصلا شرعيا كنصوص من
الكتاب والسنة يتحتم الأخذ به ، بل يرجح الأخذ به بعد عرضه
على محك النظر وطأ نينة نفس المجتهد إليه . فأفضية العجاجة وفتاواهم
وكذا كبار التابعين أشبه شىء بها عندنا الآن أحكام محكمة النقض
والدوائر المجتعة وأقوال الشراح المعتبرين ليس شىء من ذلك فى قوة
نص القانون ولكن له قوة الترجيح بعد انعام النظر .

أقوال الأئمة المعصومين عند الشيعة من آل البيت النبوى

ذهب الامامية ^(١) الى اعتبار ما نقل عن أئمة آل البيت النبوى على
وأولاده عليهم السلام نصوصا يجب الأخذ بها فى الاحكام الشرعية
لصدورها عن المعصوم (فى اعتقادهم) فهى كالحديث المروية عن النبى
ﷺ .

ولم يتعرض علماء الأصول . من غير هؤلاء الشيعة لاستعراض
مذهبهم ولا للتكامل معهم ، ولكن الشيعة الامامية فى كتب أصولهم
تعرضوا لخلاف غيرهم وممومهم العامة .

وقد رأيت أن أنبه الطلاب الى هذا المذهب لا تناسوا غرضنا
النظر عنه كما فعل الأولون منا ، أم نبهنا إليه . هو مذهب حى وله فقهاء واسعدو

(١) هم طائفة من المسلمين لهم رأى خاص فى الامامة العظمى ، ويقولون
بعصمة على وأولاده وبانحصار الامامة فيهم الى الامام التالى عشر وهو المهدي
المنتظر . وسأذكر تاريخهم باختصار فى تاريخ الشريعة

الاطلاع جدا وعميقو البحث جدا كما يظهر ذلك لمن يخاطب كتبهم ويتفغل فيهما ، وقد فعلت ذلك والله الحمد ومذهبهم منتشر الآن في بلاد فارس والعراق وبعض نواحي الشام . وسأشرحه شرحا مناسباً في تاريخ التشريع .

الخلاصة

والخلاصة أن نصوص قانون الشرع الاسلامي هي نصوص الكتاب والسنة ولا معول عند جمهور الأئمة على غيرها من النصوص . فإذا وجد منها نص محتمل للتأويل لكن أجمع الفقهاء على تعيين أحد وجوه احتمالاته ، أو حديث أجمع الفقهاء على الأخذ به وجب الأخذ بما أجمعوا عليه ، وهذا هو الاجماع . وقد تستنبط بعض الاحكام بالاجتهاد أو بالقياس على ماسياتي في موضعه والآن نتكلم على استثمار الاحكام من النصوص .

استثمار الاحكام من النصوص

يراد بذلك بيان القواعد التي يستعان بها على معرفة الاحكام واستخراجها من النصوص الدالة عليها بطواهرها وبمعانيها أي علامها وأوصافها المناسبة للحكم المنطوية عليها .

إذا تقرر هذا فاعلم أن النصوص الشرعية من الكتاب والسنة ما هي الا مركبات عربية مؤلفة من مفردات ذات معان تدل عليها بطريق الحقيقة أو المجاز ، وهياتها تدل على معان تعرف بواسطة قواعد النحو والبيان فلا بد اذا لطالب الحكم الشرعي من تلك النصوص أن يكون عارفاً بمعاني المفردات اللغوية ، وفيه استعملت ويعلم الاشتقاق والصرف وقواعد

النحو والمعاني والبيان ليستعين بكل أولئك على فهم النصوص من حيث كونها جملا عربية تدل على معان يفردانها وهيئاتها. وفي كتب علم الأصول قواعد أخرى أخص مما ذكرنا وأشد التصاقا بالنصوص من حيث التوصل بها إلى معرفة الحكم المراد من النص .

ولذا يجب على طالب الحكم الشرعي من نص في الكتاب أو السنة أن يكون عارفا بما أسلفنا ليكون فهمة للحكم الشرعي صوابا بالقدر المستطاع . وعلى ذلك يجب معرفة الدلالات . ومعرفة ظهور المعنى وخفائه والمشارك والعام والخاص ، والمطلق والمقيد والمنطوق والمفهوم والأمر والنهي ، والناسخ والمنسوخ ، والحكم عند تعارض الأدلة وما إلى ذلك . كما أنه يجب أن ينظر في عادات العرب وعلاقات التشريع بها وبكل حالاتهم الاجتماعية ، وأسباب نزول الآيات ، وورود الأحاديث وما إلى ذلك . وينظر أيضا في مجموع النصوص عامها وخاصها إلى مقاصد الشارع من التكليف ووضع الشرع للناس . وسأشرع بإيجاز في شرح ما تقدم تباعا بقدر ما يتسع له الوقت ويتحملة المقام .

ولكني سأقدم هنا مقدمة أرجو أن تكون نافعة إن شاء الله تعالى ^(١)

(١) يقول علماء القانون . يجب أن يرجع القاضي إلى الألفاظ والعبارات التي استعملها المشرع للتوصل إلى معرفة قصده الحقيقي مع الرجوع إلى مجموع القانون كله ، لأن كله من عمل الشارع نفسه ،

(١) اقتبست كثيرا من العبارات القانونية من كتاب أصول القوانين الاستاذين كامل بك مرسى والسيد بك مصطفى ، وبعضها من كتاب أصول القانون للاستاذ السنهوري بك وسائرهما من مراجعات

وذلك لاستنباط المعنى الحقيقي إذ القانون كله متعلق ببعضه ببعض ،
ويفسر بعضه بعضا . وبالبحث في مجموع النصوص قد يوفق المفسر
الى كلمة أو عبارة أو أى شيء آخر ينوره ويرشده الى الصواب . أقول
ونحن نقول هذه المقالة بعينها بالنسبة للقانون الشرعى الاسلامى المؤلف
من مجموعتى نصوص الكتاب والسنة . فيجب نظر المفتى
والقاضى وكل طالب لحكم شرعى فى المجموعتين كائيهما حتى يتبين
هل النص العام على عمومته أو اتصل به التخصيص ، وهل المطلق
على إطلاقه أو هناك ما يقيد ، وأين هو بيان النصوص الجملة ، وبما
يزال الاشكال اذا أشكل الامر فى فهم المراد بالنص ، وهل
النص منسوخ أو محكم ، واذا كان منسوخا فما ناسخه ، وهـكذا .
وقد نعى الكتاب على الذين أخذوا ببعض الكتاب وتركوا بعضه ،
جملوا القرآن عشرين . ولقد سمعت أكثر من مرة من شيوخ العالمين
اجليبين الشيخ حسن الطويل الذى درست عليه علم الأصول والتفسير ،
والأستاذ الامام الشيخ محمد عبده الذى تثقفت به الثقافة العامة أن
القرآن يفسر بعضه بعضا ، وكان كل منهما رحمهما الله تعالى يفسر بعض
القرآن ببعض بسرعة مذهشة . وأقول إذا كان هذا بالنسبة للقرآن
وحده فما بالك لو ضمت السنة الصحيحة الثابتة الى القرآن أفلا يكون
الامر أوضح وأبين ، ومعرفة مراد الشارع على طرف الثمام .

(٢) ويقول فقهاء القانون : أنه يستعان أيضا على معرفة ما
قصده الشارع بالأعمال التحضيرية والمستندات الرسمية التى وضعت
وقت عمل القانون ودون فهم الغرض منه ، والمناقشات التى حصلت

بشأن القانون عند عمله : وإلى المشروع الاصلى للقانون ، والمذكرات
الايضاحية التى يقدم بها القانون المناقشة الخ كل ذلك يساعد على فهم
القانون وتحديد ماأراده الشرع .

أقول : ان من أعظم ما يستعان به على فهم المراد من النصوص
الشرعية معرفة أسباب نزول الآيات وأسباب ورود الأحاديث ،
والتدرج فى التشريع حتى لا يفاجأ الناس بما يقطعهم عما ألفوه وتوارثوه
مرة واحدة ، وعادات العرب فيما وردت النصوص باصلاحه ووضعها
على أساس متين ، وجعل بنائه سليما كما فى الزواج والطلاق بكل فروعه ،
وكذا ما منعه الشارع منعاً كلياً وشرع للناس ما هو خير منه . فقد كان
المدين يباع فيما عليه من الدين فأبطل الاسلام ذلك بقوله تعالى « وإن
كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » . وبالجملة فما يساعد على فهم النصوص
الشرعية مساعدة عظيمة معرفة أسباب النزول وورود الأحاديث
وعادات العرب التى يرتبط بها الشرع الاسلامى الغاءوا بطلالا ، أو إقرارا ،
أو تعديلا واصلاحا .

(٣) ويقول علماء القانون ان القاضى يرجع فى بحثه إلى الاسباب
التي دعت إلى عمل القانون لاستقصاء الظروف التى عمل فيها وإلى الحاجات
الاقتصادية التى رأى سدها ، والاعتبارات الاجتماعية والأدبية والسياسية
التي راعاها المشرع .

أقول - ان قاضى القوانين الوضعية يقضى بنصوص تلك القوانين
على ما رسم له فهو يستعين فى طلبه حكم حادثة من الحوادث بالنظر
فى الأسباب المذكورة آنفا . وأما القاضى الحقيقى الذى يحكم بقانون الشرع

فانه يستعين في طلب حكم حادثة من الحوادث بالنظر في أسباب محي
النصوص التي يلمس الحكم منها على ما أسلفنا ، وينظر في الظروف
التي ورد فيها النص وارتباط النصوص بتلك الظروف فبحال محته واسم
جدا ، وهذا هو القاضى المجتهد الذى يحكم بما أنزل الله ولو بطريق
الاستنباط والاجتهاد بعد بذل ما فى وسعه واستفراغ جهده وكونه أهلا
لذلك . فعلى هذا القاضى اذا شاء أن يكون حكمه صوابا أو قريبا الى
الصواب بالقدر المستطاع أن ينظر في ظروف التشريع نظرا دقيقا
ويبحث بحث طالب العلم والمناسبات التي تقتضى حكمة الشارع بناء
أحكامه عليها ، فينظر : لم أحل الله البيع وحرم الربا ، ولما نهى النبي ﷺ
عن بيع الغرر ، وعن بيع الانسان ما ليس عنده ، وعن قاتى الركبان ،
وعن بيع حاضر لباد ، ولم رخص في السلم ، ولم نهى عن تلقيح النخل ثم
أمر به ولم نهى عن ربا الفضل ثم رخص في العرايا ، وما الذى شرعه
لاحتكار الطعام والتسعير ، وفي أى الظروف كان هذا ، ولم لم يجز لم رند
ابن مرند أن يتزوج المرأة المشتركة ولم كان يعطى المؤلفة قلوبهم سهمان
الغنائم ثم منعه عنهم أبوبكر ، ولم أرسل الى المشركين بمكة ما لا يصرف
اليهم وقد كانوا في جماعة ، وهم أعداؤه ، ولم قطع الولاية بين المسلمين
الذين هاجروا معه وأقاربهم من المسلمين الذين لم يهاجروا ، ولم آخى
بين المهاجرين والأنصار بعد الهجرة ، وبني التوارث على هذا الاخاء ،
ثم نسخ بقوله تعالى « واولوالارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله »
الى غير ذلك مما لا يحصى كثرة .

فن النظر في أسباب النزول وورود الحديث والظروف التي كان فيها

التشريع في جميع أدواره في عهد النبي ﷺ يهتدى القاضى والمفتى المجتهدان الى معرفة قصد الشارع وتزيل الحُكْم على مراده فى القضاء والفتوى . ولذا كن من المحتم أن ندرس سيرة الرسول ﷺ على النحو الذى وضع عاينه كتاب زاد المعاد مع الاستزادة بالقدر المستطاع هذا بالنسبة للقاضى الحقيقى والمفتى الحقيقى اللذين مرجعهما فى القضاء والفتوى نصوص الكتاب والسنة ثم اجتهاد كل منهما ، وأما القاضى المقلد الذى ألزم أن يحكم بمذهب امام معين من الأئمة المجتهدين ويقف عند حدود مانص عاينه فى الكتب المنسوبة الى ذلك الامام المعين . بل يقتصر على الراجح منها فهذا نطاق نظره ضيق ، ولعل الكلام معه لا يفيد ، ومثله فى ذلك المفتى الذى قيد بأن تكون فتواه على مذهب معين فقيود كل منها ثقيلة ، والمجال ضيق جدا ، والنتيجة موت التفكير الصحيح السليم .

(٤) عند علماء القانون تفسير للقانون يسمى بالفسير المنطقي ، وقالوا إنه هو الذى يرمى إلى التوصل إلى قصد الشارع بغض النظر عن الألفاظ المستعملة . وأن الأصل هو أن القاضى يفسر القانون بحسب ما قصده المشرع ، لأن الألفاظ لم تكن إلا وسيلة للتعبير عما قصده . ولكن من جهة أخرى فإن الألفاظ والحروف لها أهمية كبرى إذ يجب القول بأن المشرع عبر عما أراد بالألفاظ التى استعملها . فإذا كانت العبارة صريحة فليس للقاصى أن يضيف عليها أو يقيدها . فالألفاظ إذاً أهم طريقة لمعرفة ما قصده الشارع :

أقول

ومما يتصل بذلك ما جاءت به المادة ١٣٨ مدني . ونصها « يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة لتفقيها مع مراعاة مائة تضييه نوع المشاركة والعرف الجاري »

وجاء في حكم استثنائي في ١١ ابريل سنة ١٩٠٥ أنه يجوز تفسير العقد المكتاني بالرجوع الى العرف والعادة المتبعين في التجارة اللذين يكون من شأنهما أن يغيرا نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وجاء في حكم استثنائي آخر أنه يجب تأويل العقود بحسب ما قصده المتعاقدان . ١٩ مايو سنة ١٨٩٣

وجاء في حكم استثنائي آخر في ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ .

ان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، لكن لا محل للتأويل إلا عند صلاحية تلك الالفاظ لمعان متعددة ولا شك أن هذا هو المراد وهو عين الصواب وليس المراد أن يؤول العقد بحسب ما قصده المتعاقدان ، ولو لم تكن عبارة العقد تحتل ذلك التأويل ، فإن هذا بدعي البطلان ، وإلا الغيت العبارات الغاء كلياً ، وهذا لا ينبغي أن يقوله أحد ونحن نقول : (أولاً) ان نصوص الشارع من الكتاب والسنة تفسر على قواعد علم الأصول التي سنذكرها بعد ، ونصوص العقود والشروط تفسر بعرف ذويها . وقت كتابتها على حسب البيئة التي هم فيها ، وان العبرة للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني وحدها وان كل نص يحتمل التأويل أو التخصيص ، أو كليهما سواء كان من نصوص الشارع أم

كان في العقود والشروط فانه يجوز تأويله بما يحتمله بدون تعسف. وأنه إذا قامت قرائن قوية من عرف أو عادة أو ظرف خاص على أن مراد العاقد المشترك هو كذا عمل بتملك القرينة مع احتمال اللفظ ما يؤول به. وهذا لا محل للنزاع فيه . .

(٥) وجاء في كتاب أصول القوانين مانصه قد يتفق انه يضع الشارع قاعدة عامة من غير ان يكون قد نظر الى الاحوال الخاصة المختلفة كالمادة ١٥١ / ٢١٢ / ١٣٨٢ مدني التي تقول بان كل عمل يحدث ضررا بالغير تترتب عليه مسؤولية فاعله . مع انه قد يكون العمل مضرا . ومع ذلك لا يلزم فاعله بدفع تعويض إذا كان عمله بناء على حق اذا الحق والضمان لا يجتمعان . ولكن يجب عدم التوسع في هذا الأمر لأن الأصل هو انه مادام القانون صريحاً بالقاعدة انه لا يجوز بدعوى تأويله تغيير نصوصه بناء على ان روح القانون تدعو لذلك التغيير حتى لو كان من رأى القاضى الشخصى ان النص غير عادل . لأن مرجع ذلك الى المشرع نفسه . ومأمورية القاضى في الأصل قاصرة على الحكيم بمقتضى القانون لا الحكم على القانون . فاذا كان من حق القاضى ان يتصرف في القانون بهذه الصفة إذا رأى انه غير عادل فإن تصرفه يكون بمثابة عدم وجود قانون واعتبار رأى القاضى أنه القانون .

وأقول (أولا) انى رأيت أن أذكر بعض أحكام خولف فيها نص القانون بدعوى أن الأخذ بحرفية النص لا يتحقق معه الغرض من التشريع ، أو يكون الحكم غير عادل لاقتناع القاضى بصدق دعوى

المدعى لـكن التمسك بالنص القانونى بمنع من القضاء له بما طالب .
(مثال الأول)

من المقرر شرعا أن الشفعة شرعت لدفع أذى المشتري عن الشفيع
وقد أقيم مقام هذه الحكمة التى هى الوصف المناسب لشرعية الشفعة
علة منضبطة محسوسة وهى الشركة أو الجوار ، وقد توجد العلة وتتخلف
الحكمة فى بعض الجزئيات . لـكن هذا التخلف لم يلتفت إليه ، بل
ربط التشريع بالكثير الغالب واعتبر مناطا للحكم . وعلى ذلك جاءت
أحكام الشريعة ثم أحكام القانونى المدنى المقتبسة من أحكام الشريعة
مع التصرف . فجعل فى كليهما سبب استحقاق الأخذ بالشفعة الشركة
أو الجوار ، وصرف النظر عن الحكمة الباعثة . على التشريع . فإذا
كانت ثلاث دور متلاصقة إحداها يملكها أ والوسطى يملكها ب والثالثة
يملكها ج فاشتري أ من ب داره فطالبها ج بالشفعة فإذا قضى لـ ج
بالشفعة ترتب على هذا أن يكون ملاصقال أ وإذا لم يقض له بالشفعة
كان ملاصقال أ أيضا . ومن هذا نرى أن الحكمة قد ضاعت من الحكم
للشفيع بالشفعة ، فإذا قضى قاض بمنع الشفيع من الشفعة بناء على أن
ملاصقة المشتري له حاصلة على كل تقدير أخذا بروح التشريع كان
قضاؤه باطلا لمخالفته لنص قانون الشفعة . وكذا لو كان المشتري
خيلا للجيران الباقين من البائع فانه يقضى لطالب الشفعة منهم بها ضبطا
للاحكام واحتفاظا بالنصوص التى أمر القضاء أن يحكموا بها منعا
لاضطراب الاحكام

(المثال الثانى)

اشترى زيد من بكر فرسا بمائة جنيه وقبضها منه قبل أن يدفع له الثمن ولم يأخذ البائع من المشتري سنداً به وكانت الفرس قد ماتت عند المشتري فرفع البائع دعوى يطالب المشتري فيها بالثمن فانكر المشتري أن للبائع فى ذمته ما يدعيه ، وهذه الحادثة قد اشتهرت فى المدينة وشاع ذكرها واستفاضت بها الاخبار ، وكان القاضى مقتنعاً بافتناعاً تاماً بصدق المدعى فقضى له بالدين المطلوب بناء على البيينة والقرائن ، مخالفاً بذلك المادة (٢١٥) . فهذا حكم غير صحيح قانوناً إذ ليس للقاضى أن يخالف النصوص الصريحة فى القانون ولا أن يقضى بعلمه .

ومما ينظر الى هذا مسألة وقف على فهمى رحمه الله الذى مات قبل أن يسجله ولكنه ثابت ثبوتاً لا شك فيه وكان مقدار المخصص من غلة ذلك الوقف ثلاثة آلاف جنيه كل سنة للبيعتات فى وزارة المعارف العمومية المصرية وقد عز على فاضل محب للخير من كبار المحامين أن يحرم التعليم من هذا المبلغ الجسيم . فاقترح أن يحكم بصفة الوقف ولزومه — ولو لم تتوافر فيه الشروط المبينة فى المادة ١٣٧ من قانون المحاكم الشرعية لأن الغرض منها قد تحقق بمن حضر واقعة هذا الوقف وسمع من الواقف نفسه نطقه به إذ كانت شهادتهم فى الواقع — أقوى إثباتاً من التمسجيل . لكن لم يلتفت الى هذا منعا لحرم القواعد الكلية ، ولأن النفس اذا اطمأنت الى حادثة فانها تشك فى حوادث كثيرة لغلبة الأهواء وضعف الدين والاخلاق ولا شك أن هذا هو عين الصواب .

فانه إذا ضحيت جزئية أو جزئيتان أو ثلاث لأجل حماية القواعد الكلية كان هذا خيرا من بناء الأحكام على غير قاعدة ، أو فتح باب الاستثناء ليدخل فيه من الشر ما لا يمكن رده وأقول (ثانيا) از فقهاء الشرع الاسلامي ، وان نظروا الى معاني النصوص واستنبطوا منها ما لا يحصى كثرة من الاحكام الاجتهادية لا يحملون الاخذ بظواهر النصوص اعتماداً على ما فهموه من روح التشريع لأن فهمهم لا يعدو : الظن ولأن الشارع هو الله وحده ، وقد خاطبهم باللغة التي يمكنهم أن يفهموها اما بالسليقة والمخالطة والممارسة واما بمعرفة قواعدها الموصلة الى فهمها من صرف ونحو ومعان وبيان واشتقاق . وما كان لأحد كائنا من كن أن يتعدى النص الصريح الظاهر معتذرا بأنه يقضى أو يفقى بروح التشريع فان هذا إفتيات على الشارع وجراحة عظيمة . وقد لام الفقهاء أشد اللوم على يحيى بن يحيى الليثي المالكي فقيه الأندلس وحكموا بخطئه فيما أفتى به خليفة الأندلس الذي أفطر عمدا في رمضان فافتاه بأن يكفر عن خطيئته بصيام ستين يوما ، ولم يفته بالتخيير كما هو مذهب إمامه مالك لأنه رأى أن الصوم أشق على الخليفة من إعتاق رقبة ، وأنه ليس في إيجاب عتق رقبة عليه من مشقة لسهولته . لكن هذه فتوى مخالفة للنص مخالفة بينة ، فكانت لاجرم فتوى مردودة . وبالجمل فكل حكم مبني على اجتهاد يخالف للنص هو حكم باطل .

(٦) ويقول علماء القانون ان الشارع اذا وضع نصا مراعى فيه مادة كانت في عصره وقت أن وضع النص . فاذا تغيرت المادة بمادة أخرى فان النص يطبق على الحالة الجديدة ملاحظا فيه مقصده المشرع ، ومتلوا

لهذا بما جاء في المادة (٥٢٥) من القانون المدني الفرنسي بأن المراكب والتصاوير وأدوات الزينة الأخرى الموضوعة في الدور تكون عقارات بطريق التخصيص اذا كونت جزءا من تخشيبية الحائط الذي هي فيه اه ولكن لما كانت عادة وضع الخشب في الحيطان قد زالت اضطرت المحاكم الى ان تحكم بأن المراكب والتصاوير متى وضعها المالك في الدور قصد تخصيصها لزينة العقارات فانها تعتبر ثابتة بطريق التخصيص ، وان لم تكون جزءا من التخشيبية ، نزولا على حكم العادة الجديدة

وأقول : إن عند فقهاء الشريعة ما هو نظير هذا في المذهب الحنفي كان يكتب في رؤية الدار المبيعة برؤية ظاهرها وبهض حجيرها ، ثم عدل عن هذا الحكم وأوجبوا رؤيتها كلها بتفصيلاتها . وذلك لأن رؤى وقت وضع الحكم الاول أن الحجر كلها كانت تعمل على شكل واحد فاكنت برؤية بعضها ثم تغيرت العادة وصارت حجير الدار الواحدة تعمل على أشكال شتى فكان لابد من رؤيتها كلها . وقالوا إن هذا اختلاف عصر وزمان وليس اختلاف حجة وبرهان .

ومن هذا ما روى عن أنى يوسف أنه إذا كان النص مبنيًا على العرف والعادة فالعبرة للعرف والعادة . وعلى ذلك من حيث ان النص على أخذ الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، وزنا ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير والمنح بالملح ، والتمر بالتمر كيلا كان مبنيًا على عرف الناس في عصر الرسالة : فاذا تغير العرف في ذلك وأصبح البر وأخواته تقدر بالوزن لا بالكيل ، والذهب والفضة بالمد دون الوزن ، تغير النص بتغير العرف والعادة وتبدل بتبدلها .

ومما ينظر إلى هذا أن أبا حنيفة كان لا يتصور الاكراه إلا من السلطان فذهب إلى أن الاكراه لا يكون إلا إذا كان المكره سلطانا ، وقال صاحبه إن الاكراه كما يكون من السلطان يكون أيضا من كل ظالم قادر على إيقاع مآهده به من الأذى والمكروه . وقالوا إن هذا أيضا من اختلاف الزمان لا البرهان .

(٧) تقول المادة (٢٩) من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية « ان لم يوجد نص صريح بالقانون يحكم بمقتضى قواعد العدل . وبحكم في المواد التجارية بمقتضى تلك القواعد أيضا » وبموجب العادات التجارية ، ومما بنته المحاكم المصرية على هذا أن دفع الدعوى أمام محكمة ولو غير مختصة يقطع سريان المدة الطويلة ، ولو أن القانون المدنى لم ينص صريحا على هذه الحالة ،

وأنه يرجع فى امتلاك الأموال الموقوفة بمضى المدة الى الشريعة الاسلامية لأن القانون المدنى لم يضع أحكاما خاصة بذلك ^(١) . وأن العادة لا يكون لها قوة القانون إلا إذا كانت مطابقة لمبادئ العدل .

وأنه يجوز تفسير العقد المكتابى بالرجوع الى العرف والعادة المتبعين فى التجارة الذين يكونون من شأنهم أن يغيروا نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذا العرف والعادة يصح إثباتهما بالبينة (راجع تعليقات جلال ٥٧ - ٥٨ لأئحة) ومن ذلك أن المحكمة الشرعية العليا ،

(١) اختلفت أنظار المحاكم فى هذه المسألة اختلافا كثيرا ترتب عليه الاختلاف فى الأحكام كما يظهر من مراجعة المجموعات القضائية .

اعتبرت عقد الوقف بعد كتابته في المضبطة وموت الواقف قبل تسجيله في قوة الوقف المسجل وطبقت على ذلك أحكام المادة ١٣٧ .
وأقول - إذا لم يوجد نص صريح في نصوص الكتاب والسنة لحكم حادثة تعرض للقاضي أو المفتي وجب على كل منهما أن يجتهدا للتمسك بالحكم لتلك الحادثة على قواعد العدل . والأصل في ذلك حديث معاذ لما أرسله النبي ﷺ إلى اليمن قاضيا وقال له بسم تقضى ؟ فقال بكتاب الله قال فإن لم تجد ؟ فقال بسنة رسول الله ، قال فإن لم تجد ، قال أجتهد رأيي ما استطعت فأقره النبي ﷺ على ذلك . ومن طرق الاجتهاد التماس الحكم بالقياس . وبعد فقد قال الله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والاحسان » وقال « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .

ومن أمثلة القضاء بقواعد العدل ما رواه مالك في الموطأ أن الضحاك بن خليفة ساق خيل جاله من النهر الصغير من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض لمحمد بن مسلمة ، فأبى محمد بن مسلمة ، فقال الضحاك لم تمنعني ؟ وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك ، فأبى ، فكلم فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فدعا محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فأبى ، فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك ، قال محمد ، لا والله ، فقال عمر ، والله ليمرنّ ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يجريه ومن ذلك أن عبد الرحمن ابن عوف طاق زوجته وهو مريض فورثها عثمان منه بعد انقضاء عدها .

ومن أمثله الفتوى ما أفتى به عمر رضى الله عنه أن المرأة إن كانت من ذوات الأقراء وطلقت فارتفع حيضها فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن استبان بها حمل فذاك ، والا اعتدت بعد التسعة ثلاثة أشهر . وهذه الفتوى منظور فيها إلى مراد الشارع من العدة وهو تعرف براءة الرحم من الحمل ، فبعد مرور المدة التي يتوقع فيها وجود حمل عادة لا تبقى ريبة في عدم وجوده فتعتمد بالأشهر ، ولم يقف عمر عند ظاهر النص ، ويقوى ما أفتى به أن المرأة إذا طلقت قبل الدخول فلا عدة عليها بنص القرآن والحكمة ظاهرة ومن الأحكام المبينة على العدل حكم الفقهاء بفساد بيع المضطر وشرائه . والامثلة على ذلك لا تحصى كثرة .

كذلك يجوز بناء الحكم وجواب الفتوى على العرف^(١) . وقد قالوا « الثابت بالعرف كالنابت بالنص . وخلاصة ما قاله فقهاء الشريعة في هذا أن العرف إذا خالف الدليل الشرعى من كل وجه بأن لزم من بناء الحكم أو الفتوى عليه مخالفة نص الشارع فهو عرف باطل مردود كما إذا تعارف الناس التعامل بالربا الذى حرمه الله وتعاطى التجود والمقامرة ونحو ذلك ، فالدين جاء لمحو هذا فكيف تبنى أحكام الشرع على اعتبار شيء منه ؟ هذا تناقض في غاية الوضوح .

وإن خالف العرف الدليل الشرعى من بعض الوجوه لا من كل

(١) العرف والعادة هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . والعادة مأخوذة من المداودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى تصير معروفة مستقرة ، فالعادة والعرف معناهما واحد باعتبار الماصدق وإن تخالفا من حيث المفهوم

وجه كأن يرد الدليل طاماً ، والعرف يخالفه في بعض ما يتناول به عمومته ،
ففي هذه الحالة إذا كان العرف عاماً كان معتبراً وصالحاً مخصصاً للنص
العام ، ويترك به القياس . مثال ذلك أن الشارع نهى أن يبيع الإنسان ما ليس
عنده (أى وقت عقد البيع) لـ كن لما جرى تعامل الناس وعرفهم
بالاستصناع اعتبر الفقهاء هذا العرف مخصصاً للنص وقلوا بجواز
الاستصناع . وأما إذا كان العرف خاصاً فهل يخص النص كلعرف
العام ؟ قيل لا يخصه ، وقيل يخصه في المكان والزمان اللذين
تعورف فيهما . ومما يخص فيه العرف النص بيع الثمار إذا ظهر بعضها
ويكون المعدوم تابعا لما وجد

(٨) من المقرر في التشريع الوضعي القائم الآن أنه لا جريمة

ولا عقوبة إلا بناء على قانون المادة (٦) من الدستور

وإذاً الجرائم التي لم ينص عليها القانون ولم يدخلها في نطاقه لا تعتبر
جرائم في نظر المشرع ولو استقبلتها العقول السليمة واستنكرتها الآداب
المستقيمة^(١) وحينئذ فلا عقاب إلا على ارتكاب الأفعال والأقوال التي عدها
القانون جرائم . وليس لأحد أن يقدر عقوبة لجريمة من تلك الجرائم ، ولا
أن يوقع عقوبة إلا على مارسته القانون وبهذا سد باب من أبواب الشرع عظيم
وحى ضعفاء الناس مما كان يقع عليهم من ظلم جسيم بحماية القانون أيام
قالوا وعلى هذا يجب أن يفسر القانون الجنائي تفسيراً ضيقاً بكل تحفظ
إلا أنه في بعض الأحوال قد ياجأ إلى التفسير الواسع إذا كان في مصلحة
المتهم أو في مصلحة إقامة العدل بناء على روح القانون . على أن واضع

(١) قارن هذا بما قدمناه في صفحة (٥)

القانون قد استدرك الأمر بما نص عليه من رعاية الظروف المخففة ،
ومن وقف التنفيذ، ومن العفو عن العقوبة كلا أو بعض أو تحويلا
ووسع على النيابة العمومية في حفظ ماتراء من المسائل فلا ترفع الدعوى
الجنائية إلى القضاء رعاية لمصلحة راجحة في نظرها

وأقول : ان فقهاء الشرع الاسلامي نصوا على أن الحدود لا يدخلها
القياس . فلا يعتبر فعل من الأفعال جريمة تستوجب اقامة الحد الا
مانص الشارع عليه ، ونص على عقوبته . ورسم لأولى الأمر طريقة
اقامة الحدود . وأما الأفعال والأقوال التي تستوجب عقوبات تعزيرية
بسبب الاعتداء على المجنى عليه ، والاعتداء على المجتمع أو أى مخالفة
لأوامر الشرع فهذه وضعت لها قواعد عامة واسعة النطاق جدا . وقد
بينت ذلك بيانا وافيا منظمأحسن تنظيم فيما كتبته تحت عنوان المرأة
والأجزية في كتابي « أحكام المرأة في الشريعة الاسلامية » وبالنظر
إلى أن الشرع الاسلامي شرع عام لا يختص بزمان ولا بمكان بل هو
باق أبدا في جميع الأزمنة وفي جميع الأمكنة كان ما جاء به من
القواعد العامة للتمييزات بما يوجبها هو عين الصواب . فكل بلد
اسلامي أن يستصحب هذه القواعد ويبني على أساسها قانون التعزيز
اللائق بمكانه وزمانه ، والله الحجة البالغة . وقد بلغنا أنه وجدت فكرة
جديدة الآن في ايطاليا تجيز للقاضي ألا يتقيد بالجرائم المنصوص عليها
قانونا ، وهي ترمى إلى وضع نظام كنظام التمييزات عند فقهاء
الشريعة الاسلامية .

ومن مراعاة صالح المهتم وقواعد العدل في الشرع الاسلامي

اعتبار أن الأصل هو براءة ذمة المتهم مما اتهم به ، وفلا تثبت التهمة إلا بالدليل ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات حتى بعد القضاء بالعقوبة وقبل تمام التنفيذ ، كما يظهر من مراجعة ما قاله الفقهاء في كلامهم عن الحدود وأما التعزيرات فإنها حق للمجنى عليه وحق للمظنة ، وللمجنى عليه أن يعفو عن حقه إذا شاء ، ولولي الأمر أن يعفو أيضا عن حق المظنة . لكن يجب أن يكون هذا مراعى فيه المصلحة الراجحة .

ومن الأمثلة التي روى فيها مصلحة إقامة العدل بناء على روح الشرع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أسقط القطع عن السارق في عام الجماعة . وإلى هذا ذهب الإمام أحمد إذ قيل له : إن سرق في جماعة لا تقطعه ؟ فقال لا إذا حملته الحاجة على ذلك والناس في جماعة وشدة . وعلى هذا حكم عمر رضي الله عنه في قضية غلمان حاطب بن أبي بلتعة أذسرقوا ناقة لرجل من مزينة فأتى بهم عمر فأقروا ، فأرسل إلى عبد الرحمن بن حاطب فجاء ، فقال له إن غلمان حاطب سرقوا ناقة رجل من مزينة وأقروا على أنفسهم ثم أمر عمر بعض أصحابه ليذهب بالغلمان ليقطع أيديهم فلما ولي بهم ردهم عمر ، ثم قال موجهها خطابا إلى عبد الرحمن : أما والله لو لا أني أعلم أنكم تستعملونهم ونجيتهم حتى إن أحدهم لو أكل ما حرم الله حل له - لقطعت أيديهم وإيم الله أظلم أفعل لا أغرمك غرامة توجعك ثم قال يا مزيني بكم أريدت منك ناقتك ، قال بأربعمئة ، فقال عمر اذهب فأعطه ثمانمئة . ومن هذا القبيل ما قضى به بعض قضاة العدل من الانجائز في حادثة أمة أم خادمة في منزل بلندن بسرقة قميص نوم ، واعترفت بجريمتها أمام القاضي غير أنها أبدت الأسف الشديد على ما فرط منها ،

وقالت : انى ارملة ، وعلى ان افقت وأقيت ثلاثة أطفال ، وكل ما اكسبه لايساوى تسعة شلنات فى الاسبوع . وقرر مأمور السجن انه وجد هذه الأرملة ساكنة فى بيت تدفع اجرتة فى الاسبوع خمسة شلنات ، فيبقى معها أربعة شلنات فتعيش بها مع أطفالها الثلاثة سبعة ايام . واما انى بها الى المحكمة لم تكن ذاقط طعاما فى ذلك اليوم فالزم ان يطعمها فحكم القاضى قائلا : انى لاشك مطلقا ان هذه الأرملة قد سرفت القميص مدفوعة بموامل الفاقة الحقيقية ، وان قيمة المسروق زهيدة على انه يجب عليها ان تفهم انه مهما كانت حاجتها ، ومهما اشتدت ضيقتها فمن الواجب عليها ان تردبدها عن السرقة ، فاذا لم تدعن تضر نفسها ، وتالحق العار باسم اولادها . وعليه وفى مثل هذه الظروف لاحكم بحبسها . بل اطاق سراحها ، واوصيها بأنه اذا اشتد بها العوز ، ولم تر بابا للفرج فلتأت المحكمة وتطلب المساعدة فاذا استحققتها نالتها .

أقول هذا هو حكم الاسلام بعينه ، والناظر فى آداب القضاء فى كتب الشرع الاسلامى يرى أن هذا القاضى الانجليزى النائى فى طرف بعيد من الأرض إنما طبق ما فى تلك الكتب تطبيقا تاما فيما حكم به ووعظ وأرشد وفعل ما يقضى به الحزم والرحمة والآداب الصحيحة .

وبعد فقد قال الله تعالى وهو أحكم الحاكمين « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » ولكل منهما مقام يلىق به ويحسن فيه والله المستعان .

(٩) ومما هو جدير بالذكر هنا الحاقا لما تقدم أن القانون الجنائى لا يصح تأويله ولا مدّ نطاقه بالقياس أو بناء على المصلحة العامة لأن ذلك يعتبر انشاء لجريمة جديدة ، ولكن فى حالة الاحتمال والتردد

يؤول نص القانون في صالح المتهم (أنظر أصول القوانين) وقد أسلفنا ذلك . ومن أجل هذا جاز الأخذ بالقياس وبمفهوم الموافقة لصالح المتهم . أنظر المواد (٢٣٧ مع ٢٤١ و ٢٥٣ مع ٣٦٠ و ٣١٢ و ٣٢٣ مع ٣٤١ و ٢١٥ و ٣٣٦) وأنظر أصول القوانين . وسيأتي ذلك عند الكلام في المفاهيم والقياس^(١) .

(١٠) وإني أكتفي بما قدمته من هذه المقارنة القانونية الشرعية في هذا الموجز ومنها يرى العاقل المنصف أن القسم الشرعى للشؤون الدنيوية وهو المقابل للقوانين الوضعية ياتى مع تلك القوانين بأصوله وقواعده الحكيمة ، والخلاف في التفاصيل راجع الى اعتبارات خلقية راعاها الشرع الاسلامى لاستبقاء رابطة المودة واحسان الناس بعضهم الى بعض في المعاملات وعوض الناس عما يفوتهم من بعض الفوائد المادية بما أعده لهم من الثواب العظيم والخير العظيم فضلا عما يجنيه المحسن الى غيره في معاملته من المحبة والمودة والرحمة ، وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان ، والى اعتبارات اقتصادية راعاها الشارع الوضعى وهذه الاعتبارات فوائدها أيضا إذا احتيط لاتقاء مضارها . وان الجمع بين هذين الاعتبارين ليس بعزير على العلماء المخلصين . ولا شرع الآن بإيجاز في بيان كيفية فهم النصوص من الكتاب والسنة فأقول .

(١) هذا قد نصت المادة الخامسة من قانون العقوبات في فقرتها الاولى على أنه « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ، ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للتهم فهو الذى يتبع دون غيره » وظاهر أن في هذا رعاية صالح المتهم .

ونصت في مقرتها الثانية على أنه « إذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية » ولا شك أن في هذا أيضاً رعاية صالح المحكوم عليه .

أقول — نظير البقرة الأولى عندنا أن النص جاء أولاً عاماً في عقاب القاذف . ثم خصص بطريق النسخ في حق من ينفذ زوجته .

قال الله تعالى « والذين يرمون المحصنات ، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم »

وقال بعد هذا « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادة إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »

روى الإمام أحمد أنه لما نزلت الآية الأولى قال سعد بن عبادة رضي الله عنه . وهو سيد الأنصار أهكذا نزلت يا رسول الله ؟ فقال رسول الله ﷺ يا معشر الأنصار ألا تسمعون ما يقول سيدكم ؟ قالوا يا رسول الله لا تله فإنه رجل غير . والله ما تزوج امرأة قط فاجترأ رجل منا أن يتزوجها بعده من شدة غيبرته . فقال سعد والله يا رسول الله إني لأعلم أنها حق ، وإنها من الله ولكني تعجبت أني لو وجدت لكاع قد تفخذها رجل لم يكن لي أن أنحيه ولا أحركه حتى آتي بأربعة شهداء . فوالله لا آتي بهم حتى يقضي حاجته . قال فما لبثوا يسيراً حتى جاء هلال بن أمية . وهو أحد الثلاثة . الذين تيب عليهم ، فجاء من أرضه عشاء . فوجد عند أهله رجلاً فرأى بعينه وسمع بأذنه ، فلم يهجه حتى أصبح فغدا إلى رسول الله ﷺ وقال له إني جئت أهلي عشاء ، فوجدت عندها رجلاً

فرأيت بعيني وسمعت بأذني . فذكره رسول الله ﷺ ما جاء به ، واشتد عليه ، واجتمعت الأنصار فقالوا ابتلينا بما قال سعد بن عباد ، الآن يضرب رسول الله ﷺ هلال بن أمية ويبطل شهادته في الناس . فقال هلال والله إني لأرجو أن يجعل الله لي منها مخرجاً . فوالله إن رسول الله ﷺ يريد أن يأمر بضربه أنزل الله عليه الوحي فامسكوا عنه حتى فرغ الوحي فنزل « والذين يرمون أزواجهم » الآية

وفي رواية البخاري لقصة هلال أن النبي ﷺ قال له البيعة وإلا حد في ظهرك ، وكرر ذلك . وما ينظر إلى الفقرة الثانية من المادة حديث الثلاثة الذين خلفوا ، وهم كعب بن مالك ومرارة بن الريع وهلال بن أمية . وكانوا قد تخلفوا عن المسير مع النبي ﷺ في غزوة تبوك ، وكان المتخلفون بضعة وثمانين رجلاً فلما رجع الرسول عليه السلام من تلك الغزوة إلى المدينة أخذوا يعتذرون إليه ، فقبل علانيتهم واستغفر لهم ووكّل سرائرهم إلى الله . لكن هؤلاء الثلاثة اعترفوا بالاعذار لهم ، وصدقوا الرسول ولم يكذبوا عليه . فانتظر النبي ﷺ حكم الله فيهم ونهى الناس عن كلامهم . فاجتنبهم الناس جميعاً واستمر ذلك خمسين ليلة ثم تاب الله عليهم وأعلنوا بذلك ففرحوا أشد الفرح . قال الله تعالى « لقد تاب الله على النبي والمهاجرين والأنصار الذين اتبعوه في ساعة العسرة من بعد ما كاد يزيغ قلوب فريق منهم ، ثم تاب عليهم إنه بهم رؤوف رحيم . وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا ألا ملجأ من الله إلا إليه ، ثم تاب عليهم ليتوبوا إنه هو الثواب الرحيم » وهذا أشبه بالعفو من عقوبة الهجر والمسألة مبسطة في كتب التفسير والتاريخ المطولة . وانظر كتابنا أحكام المرأة تحت عنوان « الأجزية » .

دلالة النصوص على الاحكام

لما كانت النصوص الشرعية جملة عربية ذات معانٍ بتفرداتها وتركيبها كان لها بذلك دلالة على معانٍ في محل النطق ، وقد يكون لها دلالة في غير محل النطق موافقة لما فهم من عبارتها ، أو مخالفة ، وقد يسكت الشارع عن حكم اعتمادا على أنه يعرف حتما من نفس النص بمجرد فهمه والنظر فيه ، أو تضادا في البيان

فالدلالة إما لفظية ، وإما غير لفظية ، واللفظية إما أن تكون من نفس اللفظ النص وهيئته التركيبية ، وهذه هي الدلالة في محل النطق وإما أن تكون من مفهوم عبارة النص على حكم موافق أو مخالف ، وهذه هي الدلالة في غير محل النطق وتسمى دلالة المفهوم

الدلالة غير اللفظية

تسمى في الاصطلاح بيان الضرورة . مثالها قوله تعالى «ولا بويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كن له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث» فإن هذا النص يدل على أنه إذا انحصر الميراث في الوالدين كان للأم الثلث ، وسكت عن نصيب الأب ، وذلك لأنه الباقي بالضرورة وهو الثلثان . ونظير هذا في المضاربة أن يقول رب المال للمضارب لك من الربح النصف ، فهذا يدل على أن الربح المال النصف لأنه الباقي ، والربح لا يعدوها

الدلالة اللفظية

هي نوعان على ما تقدم ، دلالة منطوق ، ودلالة مفهوم ، ودلالة المفهوم نوحان ، دلالة مفهوم موافقة ، ودلالة مفهوم مخالفة .

دلالة المنطوق :

وهي اما عبارة نص أو إشارة نص .

عبارة النص :

هي دلالة لفظ النص على معناه كقوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » وقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله ﷺ « مطل الغني ظلم » وهكذا مما لا يحصى كثرة .

إشارة النص .

هي دلالة النص على معنى ملازم له لا ينفك عنه . ومن أمثله ذلك قوله تعالى « في بيان حكم نفقة الوالدات المرضعات » « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فعبارة هذا النص تدل على أن نفقة المذكورات واجبة لهن على أبي المولود . وإشارة هذا النص تدل على أن الولد قد اختص الله أباه بنسبه لأنه عبر عنه بالمولود له . ودلت أيضا على أن نفقة هذا المولود واجبة له على أبيه دون أمه .

والحاصل أنه كلما ثبت التلازم بين معنى عبارة النص وإشارته صح الاحتجاج بكل منها على حكم شرعي ، لأن كلا منهما مدلول للنص . وأما إشارة النص التي لا يستلزمها النص بعبارة فلا يثبت بها حكم شرعي الا يضرب من الاجتهاد . وهنا تتفاوت الانظار .

دلالة الاقتضاء :

هي دلالة اللفظ على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام عليه . وتسمى اقتضاء النص . مثاله « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا »

عليه « فالكلام لا يستقيم الا اذا قدر في أول الكلام لفظ مناسب يستقيم معه ، وهو هنا لفظ « حكم » أى رفع عن أمتى حكم الخطأ الخ وأما الخطأ نفسه بعد وقوعه فلا يرتفع لأنه وقع فعلا ثم انعدم بعد وقوعه وقد انعقد الاجماع على أن حكم الخطأ في الآخرة قد رفعه الله عنا رحمة منه بنا « ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا » وأما بالنسبة لأحكام الدنيا فلم يرتفع فمن أتلف مال غيره خطأ أو نسيانا كان ضامنا لما أتلف كمالو حصل ذلك منه عمدا — شبهة جنحة أو جنحة مدنية — ومن قتل نفسا خطأ كان مؤاخذا في الدنيا جزاء إهماله وعدم احتياظه . ومن هذا قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » الآية أى زواج أمهاتكم . وقوله « حرمت عليكم الميتة » الآية . أى أكلاها . وهكذا في كل كلام ما يناسبه ويستقيم به معناه .

دلالة النص . أو مفهوم الموافقة أو خوى الخطاب .

وهى دلالة اللفظ على ثبوت حكم ما ذكر لما سكنت عنه لفهم مناط الحكم بمجرد فهم اللغة . وبعض الفقهاء يسميه القياس الجلى ، واذا كان ثبوت الحكم للمسكوت عنه أولى من ثبوته للمنطوق بهسمى القياس الأولوى ، أو يقال ، من باب أولى .

مثال ذلك - قوله تعالى « ولا تقل لها أف » الآية . نهى سبحانه الولد عن التأفف من والديه . وهذا يستتبع نهيه بالاولى عن شتمهما وضربهما .

مثال آخر - نهى سبحانه عن أكل أموال اليتامى ظلما ، وهذا يستتبع النهى عن اتلاف مال اليتامى ظلما بأى طريق كان . ومن أمثلة

ذلك قوله عليه السلام لا يحمل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها الا الوالد
فيما وهب لولده، فان هذا يدل بمفهومه الموافق على أن المرأة كالرجل في
هذا الحكم . ومن أمثلة ذلك قانونا إعفاء المالك من العقوبة اذا
أحرق ماله عمدا . فان هذا يستتبع إعفائه من العقوبة أيضا بطريق
الاولى إذا كان الاحراق خطأ (أنظر المادتين ٢٥٣ و ٢٦٠) عقوبات ،
والامثلة كثيرة

دلالة مفهوم المخالفة

هي دلالة اللفظ على مخالفة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق .
وقد اختلف الفقهاء في اعتباره حجة شرعية وعدم اعتباره أو اعتبار
بعض المفاهيم حجة دون بعض لضعفه ، على أقوال . وهاك جملة القول
في ذلك .

ذهب جمهور الفقهاء إلى الاحتجاج بمفهوم المخالفة في نصوص
الشارع ، إلا مفهوم اللقب ، أى الاسم الجامد فقد احتج به قليل منهم ،
وذهب الحنفية إلى عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة ، وقالوا ان ماسكت
النص عنه لا يدل النص على حكمه لا نفيا ولا إثباتا ، فهو مبقى على العدم
الأصلي حتى يرد حكم بشأنه .

(مثلا) إذا قلت للطلاب الذين يحضرون درسا . كل طالب
يواظب على حضور درسي أعطيه نسخة من كتابي الفلاني مجانا . فعلى
قول الجمهور تعطى هذه العبارة حكيم ، حكما بمنطوقها وهو وعدك
اعطاء كل طالب يواظب على حضور درسا نسخة من كتابك الفلاني ،
وحكما بمفهومها وهو عدم إعطائك من لا يواظب نسخة من هذا

الكتاب . وعلى مذهب الحنفية ، لا تعطى هذه العبارة إلا حكما واحدا ، وهو حكم الانطوق ، وأما كون من لا يواظب ، يعطى نسخة من كتابك مجازا ، أولا يعطى فهذا يحتاج إلى نص آخر . لكن المتأخرين من الحنفية جنحوا إلى العمل بالمفهوم المخالف في المصنفات الفقهية وفي كلام الناس في عقودهم وشروطهم وسائر عباراتهم نزولا على حكم العرف ومع كون المسألة اجتهادية فلا احتياط في أخذ الحكم من نصوص الشارع يقضى بالأخذ بمذهب الحنفية إلا إذا كانت دلالة المفهوم المخالف على الحكم قوية جدا كمفهوم الحصر ومفهوم الغاية .

أنواع مفهوم المخالفة وامثلتها :

(١) مفهوم الصفة . مثاله قوله تعالى «أودم مسفوحا» مفهومه - أن الدم غير المسفوح ليس محرما على قول الجمهور ، وعند الحنفية لا بدله من دليل خاص وقوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » مفهومه من كان باغيا أو عاديا فعليه الإثم الخ . وقوله ﷺ «مطل الغني ظلم» مفهومه مطل غير الغني ليس ظلما الخ . وقوله « في صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة شاة » مفهومه غير السائمة لأشياء فيها . والسائمة من الغنم وغيرها هي الراعية غير المعلوفة . ومن أمثلة مفهوم الصفة في النصوص القانونية ما جاء في المادة (٢٦٤) مدني ونصها « يبيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجاز له المالك » مفهوم هذا النص (أولا) أن يبيع الشيء غير المعين ليس باطلا (وثانيا) أن يبيع الشيء المعين الذي يملكه البائع غير باطل .

(٢) مفهوم الشرط . مثاله

قوله تعالى « وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن » مفهومه المخالف ان لم يكن أولات حمل فلا تنفقوا عليهن الخ وقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » مفهومه المخالف فان لم تطب أنفسهن باعطائكم شيئا من مهرهن فلا تأكلوا شيئا منها^(١) ؛

ومثال ذلك من السنة (إذا كانت الهبة لذي رحم محرم فلا رجوع فيها) وحديث « الواهب أحق بهبته إذا لم يثب عنها » ومن الأمثلة القانونية ما جاء في المادة (٦٢) عقوبات . ونصها « لاعتقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل ، إما الجنون أو عاهة في العقل ، وإما لغيوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهرا عنه ، أو على غير علم منه بها » مفهومه أنه إذا أخذها مختارا وهو يعلم بها فإنه يعاقب على ما فعل رجوعا الى الأصل ومن أمثلة ذلك أيضا ما جاء في المادة (١٩) من قانون الشفعة . والامثلة في القانون كثيرة جدا ، صرح في بعضها بحكم المفهوم وسكت في بعضها عن التصريح بالحكم اعتمادا على القواعد العامة التي هي الأصل .

(٣) مفهوم الغاية . مثاله

قوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره »

(١) الصدقات المهور ، والنحلة العطية عن دايب نفس ، ومعناها الفريضة على لغة بعض العرب وهنيئا أى طيبا ، ومريئا ، أى محمود العاقبة لا ضرر فيه على آكله .

مفهومه اذا تزوجها زوج آخر ثم وقعت الفرقة بينهما، وانقضت عدتها أنها تحل للأول . مثال آخر قوله تعالى « وكلاوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر »^(١) ومن أمثلة ذلك من السنة « من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله » و« لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يذر »

(٤) مفهوم العدد - مثاله . قوله تعالى « فاجلدوهم ثمانين جلدة » أى لا أكثر ولا أقل . ومن الأمثلة القانونية « مدة عضوية النائب خمس سنوات » المادة (٨٦) والشيخ عشر سنوات المادة (٧٩) من الدستور (٥) مفهوم اللقب أى مفهوم الاسم الجامد

وقد احتج به قليل من الفقهاء ، ولم يره أكثرهم حجة وأما ما قيل من أن تخصيص الشيء بالذكر ينفي الحكم عما عداه ، فمنهاه إذا قام دليل أو قرينة قوية على ذلك ، وإلا كان الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها غير صحيح ، مع أنه يجب الاحتياط فى ذلك .

ومثال مفهوم اللقب - فى الغنم زكاة ، مفهومه ليس فى غير الغنم زكاة ، وهذا غير صحيح ، ومن أمثلته أيضا « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » مفهومه مالا يحرم من النسب لا يحرم من الرضاع . وهذا صحيح لكن لدليل خارجى لا من المفهوم نفسه . ومن أمثلته القانونية ما نصت عليه المادة ٢٦٣ مدنى من أن بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه . فاستدلوا بهذا على أن بيع غير التركات فى

(١) شبه ما يبدو من البياض وما يحفه من ظلام الليل الملاصق له ، بخيطين أبيض وأسود فى الامتداد واللون .

المستقبل جائز أخذاً بمفهوم المخالفة وهو هنا مفهوم لقب أى اسم جامد وهو التركات

وأما الحصر بالنفى والاثبات ، وكذا الحصر بانما فان بعض الفقهاء الحقه بالمفاهيم ، وخلق ان الثابت بهذا الحصر هو الاثبات والنفى جميعا فى آن واحد ومثال ذلك « لا شفعة الا لشريك أو جار » فهذه العبارة أثبتت حق الأخذ بالشفعة لكل من الشريك والجار ، وفى الوقت نفسه نفته عن غيرهما. وكذا « انما الولاء لمن أعتق » ثبت بهذا النص أن الولاء لمن أعتق ، وانه ليس لغير المعتق ولاء . ومن أمثلة ذلك « لا يلى الوزارة الا مصرى » المادة ٥٨ دستور والفقرة الأخيرة فى المادة ٢٦٤ مدنى وقد سبق فى مفهوم الصفة

- أحوال اللفظ من حيث الظهور والخفاء

الكلام الدال على الحكيم الشرعى سواء أكان من نصوص الكتاب أم من نصوص السنة يحتوى الفاظا ظاهرة المعنى والمراد بحيث تفهم معانيها والمراد منها بسهولة ، وبحتوى الفاظا أخرى فى دلالتها على المراد منها نوع خفاء نحتاج إلى نظر وتأمل أو تفسير من الشارع وعلى هذا الأساس قسم علماء الأصول اللفظ من حيث الظهور وقوة افادة المراد إلى ظاهر ونص ومفسر ومحكم . وقسموه من حيث خفاء المراد إلى خفى ومشكل ومجمل ومتشابه .

التقسيم الأول من حيث الظهور

(١) الظاهر - هو ما كان معناه بينها لا يحتاج إلى تفسير من

الخارج يبين المراد به

(٢) النص هو اللفظ الظاهر الذي سيق قصده لبيان حكم شرعي
مثال ذلك — لما سوى المشركون بين البيع والربا فقالوا « انما البيع
مثل الربا » رد الله عليهم بقوله « وأحل الله البيع وحرم الربا » فهذا
الرد ظاهر في حل البيع وفي حرمة الربا ، ونص على التفرقة بينهما في
الحكم لأنه سيق إلى ذلك بالقصد الأول. وتسمية هذا نصا هو اصطلاح
لفقهاء المذهب الحنفي ، وهو غير النص بالمعنى المتعارف عند الجميع .
وإذا تعارض نص وظاهر قدم النص على الظاهر لأنه أقوى منه
بسبب قصده بالسوق قصدا أوليا . ومن ذلك قوله تعالى « وأحل لكم
ما وراء ذلكم » عارضه قوله تعالى « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء
متى وثلاث ورباع » فالأول ظاهر في جواز الزوج بأكثر من أربع من
غير المحرمات ، والثاني نص في ألا يتجاوز عدد الزوجات أربعاً
وكل من الظاهر والنص يحتمل التأويل ، وذلك بصرف اللفظ
عن ظاهره أي عن المعنى الذي يتبادر إلى السامع منه إلى معنى آخر
يصلح له وضعاً أو مجازاً وإذا كان أحدهما من الفاظ العموم احتمل
التخصيص وذلك بقصره مع بعض الأفراد . ولا بد لكل من التأويل
والتخصيص وذلك بقصره على بعض الأفراد من دليل يدل عليه أو
قرينة ، وإلا كان احتمالاً غير ناشئ عن دليل ، فلا يلتفت إليه بل يبقى
كل منهما على ظاهره (مثال ذلك) في كل أربعين شاة^(١)
قالت الحنفية يجوز أن يخرج في زكاة أربعين شاة قيمة الشاة لأن

(١) انظر أمثلة مفهوم الصفة

المقصود من الزكاة دفع حاجة الفقير فكما تندفع هذه الحاجة بنفس الشاة كذلك بدفع قيمتها على حسب مقتضيات الحال. وهذا تأويل يؤيده روح الشرع وان استبعده غيرهم فجعل الواجب نفس الشاة وقد أول الحنفية أيضا التحية في قوله تعالى « إذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها » بالمطية أى إذا وهب لأحدكم هبة فليعوض الواهب أحسن منها أو مثلها ، ولا شك أن هذا تأويل بعيد وقد توسع الناس في تأويل النصوص الظاهرة ليؤيد كل مؤول منهم مذهبه حتى زحزحوا النصوص عن محالها في كثير من تأويلاتهم. ولكن كل تأويل لا يساعد عليه وضع اللغة ولا استعمالها على وفق ما كل أهلها من العرب يستعملونه ولا تؤيده قواعد الصرف والنحو والبيان والاشتقاق فهو تأويل باطل ^(١).

ومن أمثلة التأويل للنصوص القانونية تأويل كلمة « ليلا » في المادتين ٣١٣ ، ٣٥٦ عقوبات لأنه لما جعل الليل ظرفا مشددا لاستحقاق العقوبة لسهولة ارتكاب جريمة السرقة واتلاف الزروعات ليلا كان من المناسب لفرض المشرع تأويل الليل بالظلام ، وصرف اللفظ عن ظاهره وهو

(١) وهذا مقام كم زلت فيه من أقدام ، وكم جمحت فيه من أقلام حتى أول بعضهم القرآن كله وجعل له ظاهرا وباطنا ، وتلطف بعضهم فأخذ من اشارات نصوصه ما يدل على معان صوفية لا بأس بتوجيه الأنظار إليها مع عدم المغالاة والتهور . وخير الأمور ألا يتعد عن الجادة ، وأن تصان العامة من أن يقودهم ذوو الأهواء من الفرق الضالة بتأويلاتهم الشاذة والباطلة في حبل الغواية فيضلوا بذلك سواء السبيل.

معناه للوضوح له في اللفظة الذي يبتدىء بغروب الشمس وينتهي بشروقها .
وأما احتمال العام للتخصيص أو قصره على بعض أفرادها فهذا
كثير جدا ، وقريب جدا حتى قيل — ما من عام إلا وخصص —
وستراه في موضعه .

(٣) المفسر هو اللفظ الذي ظهرت دلالاته على معناه ولم يحتمل
تأويلا ولا تخصيصا . مثاله قوله تعالى « وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم
كافة » . ومن ذلك قولك أعط هذا الكتاب فلانا بنفسه ، واصرف
هذه النقود على فقراء جهة كذا جميعهم بنفسك . والمفسر يحتمل النسخ
في عهد الرسالة وأما بعد وفاة الرسول فلا نسخ أصلا كما سيأتى .

(٤) المحكم هو اللفظ الذي ظهرت دلالاته على معناه بدون أن يحتمل
تأويلا ولا تخصيصا ولا نسخا في حياة الرسول ولا بعد وفاته — مثاله —
قوله ﷺ . الجهاد ماض إلى يوم القيامة . ومثاله من النصوص القانونية
المواد المتعلقة بنظام الحكم من الدستور . وستأتى له تسمية عند الكلام
في النسخ .

التقسيم الثانى من حيث الخفاء

(١) الخفى :

إذا تعلق الحكم الشرعى بمعنى عبر عنه بلفظ ظاهر في دلالاته عليه ،
ثم وجد هذا المعنى بمعنى معبرا عنه بلفظ آخر لمزية أو نقص فيه عن
المعنى المعبر عنه باللفظ الأصلى فهل يتعلق به الحكم الشرعى أيضا أولا ؟
مثال ذلك معنى السرقة هو أخذ نصاب من المال خفية من حرز مثله
وقد علق بهذا المعنى حكم شرعى وهو القطع متى توافرت الشروط الأخرى

وقد وجد هذا المعنى أيضا بزيادة في الطرار (وهو المسمى عندنا الآن بالنشال) فهو سارق وزيادة فهل يطبق عليه حكم السارق ؟ الجواب أنه يطبق عليه حكم السارق وان كان اندراج عمله تحت مفهوم السرقة فيه شيء من الخفاء عرض له بتميمته طرارا لا سارقا ، وكذلك النباش الذي ينهب القبور ويسرق منها أكلان الموتى وأسنانهم الذهبية ونحو ذلك هل هو سارق أيضا فيطبق عليه حكم السارق أو المعنى فيه ناقص لأن ما يأخذه مما لا تجرى فيه الرغبة بل تنفر منه الطباع غير للألوفة ؟ اختلف الفقهاء في هذا فبعضهم اعتبره سارقا فقال بأقامة حد السارق عليه ، وبعضهم اعتبر المعنى فيه ناقصا فلم ير إقامة الحد عليه ، وذهب إلى وجوب تعزيره . فالخفاء هنا هو في تطبيق حكم السارق على الطرار والنباش فان عمل الجميع واحد ، وهو مناط الحكم لكن لما كان النص قد ورد بلفظ السارق كن في تطبيق الحكم على الطرار والنباش نوع خفاء وذلك للتعبير عن عمل كل بلفظ غير لفظ السارق . ولما كان معنى السارق في الطرار موجودا وزيادة طبق حكم السارق على الطرار ، وأما في النباش فقد اختلفوا لنقصان المعنى فيه عند القائلين بعدم إقامة حد السارق عليه ولما ساءاته للسارق في نظر الآخرين . ومما يصح مثلا هنا من النصوص القانونية . السند الاذن أو الذي لحامه هل يعتبر من الأعمال التجارية فيخضع للاختصاص التجاري أو يعتبر من الأعمال المدنية إذا كان الموقع عليه من غير التجار ، أو كان بسبب أعمال مدنية ، وحيث أن يخرج عن اختصاص القضاء التجاري ^(١) .

(١) انظر هذا البحث وافيافي شرح القانون التجاري للاستاذ الدكتور محمد صالح بك

(٢) المشكل وهو ما خفي المراد منه لتعدد المعاني التي يستعمل فيها بسبب الاشتراك — مثاله قوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وإنه لفسق » والاشكال فيه من الواو إن جعلتها للحال كانت جملة « إنه لفسق » قيداً لما قبلها ، والفسق هو مأهل به لغير الله أى ماذبح لغير الله من الاصنام التي كانت العرب تعبدها ، وعلى هذا يحل الأكل من كل ذبيحة الا ماذبح لغير الله . وإلى هذا ذهب الشافعي رضى الله عنه . وان جعلت الواو للعطف لم تكن قيداً وإذا بحرم الأكل مما لم يذكر اسم الله عليه عمداً أو سهواً اخذ من ظاهر النص ، لكن استثنى السهو بالسنة فبقى متروك التسمية عمداً من الذبائح ، وفيه اختلاف الشافعية والحنفية ، فالأولون يقولون بحله وتقومه ، والآخرون يقولون بمكس ذلك . والمسألة مشهورة والجدال فيها عنيف ، ولا يتحمل إيراد هذا المختصر

ومن أمثلة المشكل لفظ الكلالة ، وقد فسرها الصديق رضى الله عنه بعدم الأب والفرع الوارث ، وتبعه في ذلك جميع الفقهاء . وبزول الاشكال بالتأمل في النص المشكل ومرجع ذلك الى نظر المجتهد وما يرجع عنده من التأويل .

ومن المشكل عندنا الآن كلمة « أصل الوقف » المذكورة في المادة (١٦) من لأنحة ترتيب المحاكم الأهلية ، والخلاف فيها مشهور وهو لم ينقطع الى الآن بل هو في تجديد مستمر .

ومن ذلك كلمة « المواد الشرعية » في المادة (٨) من لأنحة المحاكم الشرعية . هل تتناول كل المسائل التي تعرض على المحاكم بدون تخصيص

أخذا بظاهر النص ، أو تقتصر على ما ترك النظر فيه للمحاكم الشرعية بعد وضع القوانين للمحاكم الأهلية . وهذه المسألة أيضا محل خلاف ولتراجع مرافعات الاستاذ عبد الحميد بك أبو هيف رحمه الله ومرافعات الاستاذ عبد الفتاح بك السيد .

(٣) المجهول — هو ما خفي المراد منه لتعدد معانيه ولا يعرف المراد منه إلا ببيان من الشارع . ومن ذلك الألفاظ الشرعية كالعدالة والزكاة والربا ، أجهلها الكتاب وبينتها السنة

(٤) المتشابه — هو ما خفي المراد منه بحيث لا ترجى معرفته في الدنيا لاحد أو لا ترجى إلا للراسخين في العلم . وليس منه شيء في نصوص التشريع العممية . وإنما هو في أوائل بعض السور وفي الصفات الموهمة كقوله تعالى « يد الله فوق أيديهم » وهذه وأمثالها لم يؤولها سلف الأمة مع اعتقادهم تنزيه الله تعالى وأنه ليس كمثل شيء . وأولها من جاء بعدم يحملها على معان مجازية فقالوا في الآية السابقة إن اليد بمعنى القدرة أي قدرة الله فوق قدرتهم ^(١)

ومما تقدم تعلم أن كلا من الاشكال والاجمال والمتشابه آت من

(١) يجب أن يعلم أن الألفاظ التي لا يدرك العقل ما المراد بها ولا كنهها هي غير ما يدرك العقل معناه الدال عليه بحسب الوضع والاستعمال فيحكم باستحالته بناء على هذا . فالعقل يدرك معنى قولك « الكل يساوي أحدا جزائه وقولك « الجسم الواحد يكون في عدة أمكنة في آن واحد » ثم يحكم باستحالة ما تقول ، فلا تقس على هذا ، مثل (ألم ، ص) لأن عقلك السليم يأبى عليك هذا فافهم هداك الله .

الاستعمال ، وأن المشكل يؤوله الفقيه المجتهد باجتهاده : وأما المجمل فلا بد أن يبينه الشارع ليعلم مراده منه بتفسيره إياه

أحوال اللفظ من حيث الاشتراك والعموم والخصوص ينقسم اللفظ إلى مشترك وعام وخاص . وهاك جملة القول في هذه الأنواع الثلاثة من حيث إفادة كل منها للحكم الشرعي .

المشترك

هو اللفظ الذي وضع لأكثر من معنى واحد وضعا متعددا كلفظ العين وهو كثير جدا في اللغة . وقالوا إن سببه يرجع إلى اختلاف القبائل العربية ، أو يكون اللفظ موضوعا لمعنى مشترك بين معنيين فتصالح الكلمة لكل معنى من اللعنيين لذلك المعنى الجامع . مثال ذلك لفظ « القرء » موضوع في اللغة للوقت المعتاد فأطلق على كل من الحيض والطهر لأن لكل واحد منهما وقتا معتادا . ومثل هذا كثير في اللغة كما في مادة (جن ن) ومادة (أل ك) . وقد يكون اللفظ موضوعا لمعنى ثم يستعمل في غيره استعمالا مجازيا شرعيا أو غير شرعي كالصلاة وضع في اللغة للدعاء ثم استعمل شرعا لدلالة على تلك الهيئة المخصوصة ، وكالزكاة وضع في اللغة للنماء ثم أطلق على المعنى الشرعي المعروف . ويقابل المشترك ، المترادف ، وهو أن يكون لمعنى واحد أكثر من لفظ واحد يدل عليه .

ويعرف المعنى المراد من المشترك بالقرائن ودلالة الحال ، وسباق الكلام . والمشارك موجود في النصوص الشرعية في الكتاب والسنة كما قدمنا في المشكل والمجمل وكما في الباء في آية الوضوء وكاللفظ الإيم

في حديث « الایم أحق بنفسها » أولها الخنفيه بمن لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وأولها غيرهم بمن فقدت زوجها بموت أو طلاق قبل الدخول .

العام

هو اللفظ الموضوع لكثير غير محصور في عدد معين بحيث يستغرق جميع أفراد ما يصاح له اللفظ . كقوله تعالى « إن الإنسان لفي خسر » .

واستغراق العام لأفراده قد يكون على سبيل الشمول ، بأن يتناولهم الحكم جميعا دفعة واحدة في آن واحد ، كقولك « كل مصرى يتكلم باللغة العربية العامية » أو يكون استغراقه لأفراده على سبيل البديل بمعنى أن كل فرد من الأفراد يكون صالحا لأن يتناول له الحكم ولكن لا يعمهم الحكم دفعة واحدة في آن واحد ، فإذا قلت من سبقت فرسه أولا استحق مكافأة مقدارها مائة جنيه ، ومن جاء بعده مباشرة استحق مكافأة مقدارها خمسون جنيها وهكذا . فانه يفهم من كلامك هذا أن كل واحد يصاح لأن يأخذ مكافأة مقدارها مائة جنيه إذا جاءت فرسه أولا وخمسين إذا جاءت ثانيا .

الفاظ العموم

كل وجميع والمفرد المحلى يأل الجنسية والجمع المحلى كذلك والجمع المضاف والنكرة في سياق النفي والاسماء الموصولة وأسماء الشرط وأسماء الاستفهام .

(أمثلة) ولقد بعثنا في كل أمة رسولا . كلهم راع ، وكل راع مستول عن رعيته . أنى رسول الله اليكم جميعا . إليه مرجعكم جميعا . إن الانسان لفي خسر . والمطامقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء . قد أفلح المؤمنون . حرمت عليكم أمهاتكم ، يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين . ذلك الكتاب لا ريب فيه . وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها . وأولات الأحمال أجملن أن يضعن حملهن للذين أحسنوا الحسنى وزيادة . وأحل لكم ما وراء ذلكم . وأنفقوا مما رزقناهم سرا وعلانية . جنات عدن يدخلونها ومن صلح من آبائهم وأزواجهم وذرياتهم . ذلك لمن خاف وقامى وخاف وعيد . من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له . وما تقدموا لأنفسكم من خير تجدوه عند الله هو خيرا .

حكم العام

إذا ورد في التشريع لفظ عام فإن الحكم يتناول جميع أفراده فيعمها الحكم ظاهرا حتى يقوم الدليل على التخصيص . فإذا وجد المخصص كان العام متناولا بحكمه مابقى من الأفراد بعد ما أخرج المخصص (مثلا) في قوله تعالى « إن الانسان لفي خسر » حكم عام يشمل جميع أفراد الانسان فإذا ضم إلى قوله تعالى « متصلا به » إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر » كان حكم العام قاصرا على من عدا هؤلاء من أفراد الانسان .

وعلى هذا إذا ورد العام فهل يجوز العمل بعمومه قبل البحث عن المخصص ؟ الجواب لا يجوز المبادرة إلى اجراء العام على عمومه قبل

البحث عن المخصص ، فيجب على طالب الحكم الشرعى أن ينظر في جميع النصوص من الكتاب والسنة ، ليستخرج الحكم من مجموعها ، فإن عجز عن ذلك رجع إلى أقوال الفقهاء المجتهدين الذين أعدوا أنفسهم لحل هذا العبء ليعرف الحكم منهم « فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » وما قيل غير هذا فهو بمعزل عن الصواب .

تخصيص العام

يقول في التشريع جدا أن يكون المراد بالعام تناول جميع أفراده على وجه الاستغراق ، حتى قيل - ما من عام إلا وخصص - وهذا القيل أيضا دخله التخصيص . قال تعالى (والله بكل شيء عليم) وقال (وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها) والتخصيص اما أن يكون بنص مستقل ، أو بغيره

فن أمثلة الاول قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) مع قوله (يأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) فالآية الثانية خصصت الآية الاولى بالمدخول بهن من الزوجات المطلقات وقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) الآية مع حديث (البحر هو الطهور وماؤه والحل ميتته) وقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) مع حديث (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) وحديث (لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ، ولا على ابنة أخيها أو ابنة اختها) وقد خصص بعض الأئمة في ذلك أيضا المعتدة اذا تزوجها رجل في عدتها فقال بأنها تحرم عليه أبدا

وكذا من أغرى امرأة متزوجة فافسدها على زوجها ليطلقها ثم يتزوجها ذلك المفسد لا تحل له أبداً ، وكذا التفريق باللعان يؤيد الحرمة ، وكذا فعل ما يوجب حرمة للصاهرة بأحد أصول الزوجة أو فروعها وما إلى ذلك . فبعد أن جاء التخصيص بالنهي جاء التخصيص فيما بقى بالاجتهاد لأسباب مصلحية

ومن ذلك تخصيص ما جاء في المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية في منعها المحاكم الأهلية النظر في مسائل الهبة بما جاء في المواد (٤٨ و ٤٩ و ٥٠ و ٥١) مدني والمواد (٣٦١ و ٣٠٢ و ٣١٣) تجاري وكذا تخصيص ما جاء في المادة (١٦) أيضاً في منعها المحاكم الأهلية من النظر في مسائل الوقف بالمادة (٥٣) مدني . ومنه تخصيص المادة (٧) من قانون العقوبات بالنسبة لحق القصاص بما يؤخذ من مجموع نصوص ذلك القانون ، وقانون تحقيق الجنايات ، ثم تخصيص المادة السابعة لعموم ما جاء من النصوص في تأديب الوالد لولده ، والزوج لزوجته والمعلم لتلميذه التأديب المأذون به شرعاً . ومن تخصيص المادة (١٥١) مدني بجميع النصوص التي أباح فيها القانون أعمالاً قد تضر بالغير ولو ضرراً بيناً : والامثلة كثيرة جداً

ومن أمثلة الثاني . الاستثناء بالأخواتها . قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نذائتم بدین الى أجل مسمى فاكتبوه ، - إلى أن قال - الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ، وقال تعالى « والذين يرمون المحصنات ، الى أن قال - الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا » ومنه قوله تعالى « من بعد وصية يوصي

بها أو هين غير مضار » وقوله تعالى « لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر . والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم » الآية ومن التخصيص بمقتل التخصيص بالعقل كإخراج الصبي والمجنون من خطابات الشارع العامة . وقد أيد الشرع العقل في ذلك ، وكذلك الشأن في القانون الوضعي .

ومن التخصيص أيضا التخصيص بالعرف والعادة وهو يعتبر شرعا . ومن أمثلة ذلك أن ما كسبه الله قال إذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن قبل ثدي غيرها لمصلحة المحافظة على جمالها جريا على عادة العرب في ذلك . نخص بذلك عموم القرآن : قال تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » الآية والكلام هنا إخباري أريد به الأمر ، لأن ورود الأمر بصيغة الخبر أكد من وروده بصيغة الإنشاء ومن الممكن أن نقول إن العرف القضائي في المحاكم الأهلية والشرعية خصص النص الوارد في المادة (٨) من لائحة المحاكم الشرعية وهو عبارة « المواد الشرعية » فجعله قاصرا على ما خرج من اختصاص المحاكم غير الشرعية من الناحية العملية ، وإن كانت المسألة في حيز التردد من الناحية النظرية . وقد نصير العادات والتقاليد المتوارثة قانونا مخصصا ومقيدا لنصوص القانون المكتوب . وكما للعرف التجاري من تأثير في تأويل نصوص القانون والالجوء إلى أن يكون الحكم بمقتضاه ، وكذا في الشرع فإنه معتبر وقد قيل

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم . وقد يصر
وقد قدمنا شيئا من ذلك فيما سبق

حكم العام بعد التخصيص

العام بعد التخصيص يتناول ما بقى من الافراد تناولا ظنيا لاحتال اخراج بعضها لعله تقتضى الاخراج ولذا يصح الاخراج منه بالقياس وان كان النص قطعى الثبوت لما تطرق إليه من الاحتمال بعد أن أضعف التخصيص جانبه بما أخرجه منه وهذا فى التخصيص بمستقل وفى هذا المقام مناقشات كثيرة وتفصيل بين ما إذا كان التخصيص بمستقل أو غير مستقل الى غير ذلك مما لا داعى ليراده هذا .
(تنبيه) سأذكر عند الكلام فى النسخ الفرق بين التخصيص وأحد نوعى النسخ .

الخاص

هو غير العام سواء أكان مدلوله واحدا كرجل أو أكثر كرجلين ورجال ونساء وقوم ورهط وجماعة وفوج وعشرة ومائة وألف وهكذا من كل لفظ غير مستغرق لكل الأفراد . وعلى هذا لا واسطة بين العام والخاص .

حكم الخاص

الخاص يوجب حكم المسند المسند اليه قطعاً فاذا قلت على شجاع فقد أوجبت الحكم بالشجاعة لعمى وكل واحد من شجاع وعلى لفظ خاص . لكنه مع ايجابه الحكم بمقتضى التأويل بصرفه عن ظاهره كما يحتمل العام التخصيص ، ولا يصرف عن ظاهره الا إذا وجد الدليل على أن المراد به غير ظاهره كما لا يصرف العام عن عمومه الا اذا وجد الدليل على التخصيص كما أسلفنا .

مثال ذلك قوله تعالى « وجاء ربك والملك صفا صفا » أى أمر ربك وقوله « واسأل القرية » أى أهل القرية . فكما أمكن اسناد المحمول الى الموضوع ولم يوجد دليل صارف عن هذا ولا قرينة كان الاسناد قطعيا . وكذلك يحمل اللفظ على معناه الوضعى المتبادر إلى الذهن عند سماعه إلا اذا وجدت قرينة تصرفه عن هذا الحمل الى معنى مجازى آخر ومن أمثلة ذلك قوله تعالى « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا » .

ما يندرج تحت الخاص من الأنواع

يندرج تحت الخاص أنواع منها المطلق والمقيد والأمر والنهى .
والذى يعنيننا هنا هو الكلام فى هذه الأنواع الأربعة . وهاتك جملة القول فى ذلك .

المطلق والمقيد

المطلق هو ما دل على فرد أو أفراد شائعة بدون قيد مستقل لفظا مثل رجل وطائر وخيل .

والمقيد هو ما دل على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل لفظا مثل رجل طويل ، وطائر أخضرين ، وخيل دم .

حمل المطلق على المقيد :

إذا جاء فى النصوص الشرعية لفظ مطلق فى موضع وجاء مقيدا فى موضع آخر فهل يحمل المطلق على المقيد بأن يكون المراد به هو المراد بالمقيد ؟ والجواب أنهما إذا اتحدا حكما وسببا حمل المطلق على المقيد

قال تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم » الآية وقال « قل لا أجد فيها أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو لحم خنزير فإنه رجس أو دما مسفوحا » الآية فيكون المراد بالدم في الآية الاولى هو الدم المسفوح لأن الموضوع واحد .

وان اختلفت اسببا كما في كفارتى قتل الخطأ ، والظهار فقد وقع خلاف في حمل المطلق على المقيد والراجع عدم الحمل . مثال ذلك قال تعالى في كفارة الظهار « فتحرير رقبة من قبل أن يناسا » وقال في كفارة قتل الخطأ « فتحرير رقبة مؤمنة » فالسبب مختلف ، والكفارة أمر تعبدى ، ولعل الشارع شدد في كفارة قتل الخطأ فقيدهم بالرقبة بأن تكون مؤمنة ، وخفف في كفارة الظهار فأوجب رقبة مطلقا - وهذا أيسر من الرقبة المقيدة بوصف الايمان ، ليناسب كل واحدة من الكفارتين جنائتهما ، أو لحكمة أخرى ، فالصواب عدم الحمل هنا .

وفيما عدا ذلك لا يحمل للمطلق على المقيد . وهنا كلام لا داعى اليه أمثلة لحمل المطلق على المقيد .

- (١) حديث سعد مقيد لاطلاق الوصية في آيات المواريث
- (٢) الاجماع مقيد لكل من الأخ والأخت في آية الكلاله الاولى بأولاد الأم فقط . وفي آية الكلاله الثانية بالاشقاء أو الاخوة لأب فقط ، ولا بد للاجماع من مستند

- (٣) خيار المخيرة مقيد بالمجلس باجماع الصحابة
- (٤) التوكيل المطلق بالزواج أو بالبيع مقيد بالعرف على قول الصحابين باق على اطلاقه على قول الامام .

(٥) حديث « الثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » أى المشتري .
مع حديث « من باع نخلا مؤبدا فالثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »
والحديث الثانى أصبح سنداً لا نه مروي فى الكتب الستة بخلاف الاول
(٦) المادة (٢٥٦) مقيدة للمادة (٢٥٥) مدنى فى اعتبار قيمة المبيع
وقت البيع ، إذا الموضوع واحد .

الأمر والنهى

تمهيد

المطلوبات الشرعية التى تضمنتها النصوص جاء بعضها بطريق
الإنشاء وبعضها بطريق الاخبار بأساليب شتى ، والطلب بصيغة الإنشاء
هو الأصل لكن الطلب بصيغة الخبر أكد . ومن أمثلة الطلب بصيغة
الاخبار . قوله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى
وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » . وقوله « والوالدات يرضعن أولادهن
حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » . وقوله « وإن كان ذو عسرة
فنظرة الى ميسرة » « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم »
« إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم والبغى بغير الحق
وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطانا ، وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون »
« والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » . والشواهد على ذلك
لأنهى كثرة .

والطلب الانشائي إما أن يكون أمراً أو نهياً .

الامر

هو طلب إيقاع الفعل أى إخراجهُ من حيز العدم إلى حيز الوجود بصيغة « افعل » وما يجرى مجراها ، مثل لتفعل ، على وجه الاستعلاء ويكون الامر من الأدنى للأعلى ، حتى إذا طلب الأدنى من الأعلى إيجاب فعل على وجه الاستعلاء استحق الذم والالوم ، وإنما يكون طلب الأدنى من الأعلى دواء « ربنا ولا تحملنا لانا طاقه لنا به ، واعف عنا واغفر لنا وارحمنا » وإما استعطافا واسترحاما كقول الفقير للمسكين للغنى ، أعطني شيئا لله أنقذ نفسي به من مخالب الجوع وأستر به بدنى . وأما طلب الانسان من نظيره فيسمى التماسا كقولك لزميلك أعطني ورقة لا كتب فيها .

وقد يكون الطلب بصيغة الأمر الارشاد كما فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » أو للتخيير كما فى قوله « قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن أيا ما تدعوا فله الأسماء الحسنى » أو للأباحة كقوله « كماواشربوا من رزق الله » و « كماوا ممانى الأرض حلالا طيبا » وفى هذا امتنان منه سبحانه على عباده . وقد يكون الأمر للتهديد كقوله « اعملوا ما شئتم » وقد يستعمل فى معان أخرى وهى كثيرة . ويعرف ذلك بالقرائن .

دلالة صيغة الأمر على الوجوب

فان تجردت صيغة الأمر من القرائن كانت للوجوب كقوله تعالى « أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » وكذا بالاولى تكون للوجوب إذا صاحبتهما قرينة تدل على ذلك كقوله تعالى « فمن شهد منكم الشهر

فليصمه « بعد قوله « كتب عليكم الصيام » ومن أمثلة ذلك قوله تعالى « وآتوا حقه يوم حصاده » وقوله « وليطوفوا بالبيت العتيق » وقوله ﷺ « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ».

هذا وليعلم أن النظر في النصوص الشرعية لمعرفة ما إذا كانت صيغة الأمر تدل على طلب الفعل حتماً أولاً مما يكون للاجتهاد مجال فيه .
وذلك اختلف الفقهاء في بعض المواضع في ذلك كما في الأمر بكتابة وثيقة الدين أهو للوجوب أم الارشاد وكذا الأمر بترك البيع بعد النداء إلى صلاة الجمعة وغير ذلك وبالجملة فهذا الموضوع له خطره في التشريع اقتضاء الأمر تكرار الفعل للأمور به

الأصل أن ذمة الأمور بأمر تدل صيغته على الإيجاب تبرأ باتيانه به مرة واحدة لأنه بذلك يتحقق امتثاله وطاعته الأمر ، وصيغة الأمر بطبيعتها لا تدل على التكرار حتى إذا وجد دليل أو قرينة تدل على التكرار عمل بمقتضى الدليل أو القرينة . فالجواب مطلوب فعليه مرة واحدة على وجه الوجوب بخلاف الصلاة والزكاة والصوم فانهاء عبادات مطلوب تكرارها على حسب ما رسمه الشارع

اقتضاء الأمر الفور

الأمر المقيّد بوقت يتقيد بما قيد به كالصلوات المفروضة وصوم رمضان . وفي غير المقيّد يجوز أن يوثق بالمأمور به فوراً ويجوز تأخيره إذا الأمر في ذاته لا يدل على فور أو تراخ أو تأخير بينهما وإنما يدل على ذلك إذا وجد دليل أو قرينة لافرق في ذلك بين أوامر الشارع وأوامر غيره . لكن ورد من النصوص الشرعية ما يدل على المبادرة

إلى ما أمر به الشارع خوف الفوات وتمجلا بفعل الخير متى كان ذلك في الاستطاعة . قال تعالى « فاستنبقوا الخيرات » وقال « وسارعوا إلى مغفرة من ربكم وجنة عرضها السموات والأرض أعدت للمتقين » وانظر ما تقدم في هامش صفحة ٩

النهى

هو طلب الكف عن الفعل بقولك لا تفعل أو بما يؤدي معناه على وجه الاستعلاء . وتكون للتحريم أى طلب الامتناع عن الفعل حتما إذا تجردت عن القرائن الصارفة لها عن ذلك . مثل « لا تقربوا الزنا » و « لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » و « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » وقد تأتى لغير ذلك على حسب ما تدل عليه القرائن . ويفارق النهى الأمر في مسألتين .

(الأولى)

أن صيغة الأمر بحسب وضعها لا تقتضى الفور ولا التكرار ، كما قدمنا وأما صيغة النهى الدالة على طلب الكف من الفعل حتما فانها تقتضى الفور والتكرار فيتحتّم على المكاف إذا نهاه الشارع عن أمر أن يكف عما نهى عنه في الحال ، وألا يفعله في أى وقت من أوقات حياته بل كلما بدا له أن يفعل ما نهى عن فعله ونزعت نفسه إليه ، كف نفسه عنه ، فإذا صبر وامتنل استحق ثواب الله تعالى على حسن نيته ، وإذا غلبته نفسه أو عاند ففعل استحق عقاب الله

(الثانى)

أن الأمور بفعل شيء على وجه الوجوب إذا أتى به على الوجه

الذى أمر به امتثالاً لأمر الشارع ، وكان ما أتى به مستوفياً أركانه وشروطه الشرعية ترتب على ذلك أثران (أولهما) براءة ذمته مما طلب منه ، وترتب الآثار الشرعية على فعله (ثانيهما) استحقاق الثواب على ما فعل فضلاً من الله ونعمة . وأما من نهى عن أمر على وجه التحريم يخالف وفعل ما نهى عنه فإنه ينظر في النهى عنه فإن كان فعلاً حسماً كالزنا فإنه يترتب على ذلك أثران (أولهما) حرمان ذلك المخالف من النعم المترتبة على هذا الفعل لو كان حلالاً فلا نسب ، ولا ميراث ، ولا نفقة المزني بها الخ إذا النعمة لا تستفاد بالمعصية ، وإنما تستفاد النعمة بالطاعة (ثانيهما) استحقاقه عقاب الآخرة عدلاً من الله تعالى ، وقد يكون للفعل المحرم عقاب أيضاً من الدنيا من حد أو تعزير أو قصاص وأما إن كان النهى عنه من الأمور الشرعية . كأن يكون الفعل مشروعاً أى مطلوباً لله تعالى أو مأذوناً به منه ، وقد وضع له هيئة وشروطاً وجعل له أركانه لا يعتبر إلا بها ولكنه نهى عنه في حالات خاصة فهذا تحته أربعة أقسام .

(الأول) : أن يكون النهى من فعله من العبادات كالنهي عن الصلاة وقت شروق الشمس : ونهى الخائض عن الصوم كنت العبادات باطلة وهل من ذلك الصلاة في الأرض المغصوبة والتوب المغصوب قيل يبطلان الصلاة وقال الجمهور بصحة الصلاة مع ارتكاب حرمة الغصب وإذا كانت العبادة باطلة فلا يزال المكاف مطالباً بفعلها لشغل ذمته بها (الثاني) أن يكون الفعل مشروعاً في الأصل لكن المحل غير قابل لحكمه كبيع الحر والمسجد حال كونه مسجداً ، وهذا باطل أيضاً

لا يترقب عليه شيء من أحكام البيع .

(ثالث): أن يكون الفعل مأذونا به من الشارع ، ولكن لاحكم له الحل كزواج لـكن نهى الشارع عنه في حالات خاصة كزواج المحارم . وهذا باطل أيضا

(الرابع) أن يكون الفعل مأذونا به من الشارع بحسب الأصل وحكمه في الأصل غير الحل وإن كان الحل يأتي تبعا بطريق اللزوم وذلك كالبيع ، حكمه انتقال الملك من البائع الى المشتري ، ونقرر الثمن في ذمة المشتري . فاذا نهى الشارع عنه لوصف ملازم له كالبيع بدون تسمية الثمن ، أو بتمن مجهول ، أو بتمن معلوم مؤجل ، وقد جهل الأجل أو كان بيع غرر وما الى ذلك من البياعات المنهى عنها لا وصادف فاسدة تلازمها - ففي هذا اختلف الفقهاء فذهب الجمهور الى أن التصرف في هذه الحالة ، يبيعا كان أو غيره يكون باطلا لا أجل النهى لومف ملازم . وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أن التصرف يكون بمنزلة بين منزلتين لأنه من حيث أصله أى ركنه ومحلّه سليم فيكون صحيحا بناء على هذا ، لكنّه من حيث وصفه غير صحيح فلا يعتبر صحيحا طلاقا ، ولا باطلا طلاقا بل يعتبر فاسدا . وعلى هذا انقسمت العقود والتصرفات حاشا الزواج - عند أبي حنيفة وأصحابه الى ثلاثة أقسام ، صحيح وفاسد وباطل ، وأما الزواج فلنا فيه كلام لا يتسع له المقام ، وعند الجمهور تنقسم العقود والتصرفات الى صحيح وباطل فقط . وهنا بحث واسع النطاق جدا يضيق عنه هذا المختصر وقد استوفيته في كتابي «العقود والشروط والخيارات»

وإن كان الشارع قد نهى عن هذا النوع من التصرفات لوصف مجاور كالنهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة فليقول الجمهور يكون البيع صحيحاً متى استوفى أركانه وشروطه ، وعلى قول بعض الفقهاء يكون باطلاً من أجل النهي . ولهذه الصورة وما قبلها بحيث دقيق أيضاً متصل بالبحث الأول لا يتحمله المقام هنا .

النسخ^(١)

إذا جاء نص شرعى بحكم ثم جاء بعده بزمان طويل أو قصير نص آخر يبطل العمل بحكم النص الأول فى كل ما يتناولهُ أو فى بعضه سمي النص الثانى ناسخاً والنص الأول منسوخاً ، ويسمى ابطال ما بطل من حكم النص الأول كلا أو بعضاً نسخاً. والنصوص الشرعية التكيفية لم تجب دفعة واحدة بل روعى فى مجيئها أن تأتى بالتدريج حتى تهيا لها نفوس المخاطبين ولا تشق عليهم اذا كلفوا بها فجأة ودفعة واحدة. يظهر لك ذلك من النصوص الواردة فى الحمر ، وفى القتال ، وفى المواريث . ثم قد يأتى النص لمصاحبة وقفية حتى إذا انتهى وقتها جاء غيره بما يدل على انتهاء العمل بالنص الأول . والله تعالى عالم حكيم فله أن يمحو ما يشاء ويثبت ما يشاء ، لا معقب لحكمه .

والنسخ ينقسم إلى قسمين

القسم الأول - أن يرد نص ناسخ لحكم نص سابق ومنه للعمل

(١) يقابله فى القانون الغاء الاحكام . وفى مسألة النسخ نفسها وفى بعض ماسأذكره من الشواهد والامثلة بحوث ذات شعب لا يتحمل المقام هنا إيرادها ولا الاخذ والرد فيها ولا يتسع لذلك .

بالنص الأول . والقسم الثاني - أن يرد نص مخصص أو مقيد لحكم نص سابق بعد فترة من الزمن . فالنسخ في القسم الأول مبطل لحكم النص الأول كله ، والنسخ في القسم الثاني مبطل لحكم الأول في بعض ما كان يتناوله من قبل من أفراد ومن حالات .

وهناك بعض أمثلة لكل من القسمين .

(أمثلة للقسم الأول) :

(١) نسخ الوصية للوالدين والأقربين بآيات الموارث وبحدث (لا وصية لوارث) وفي هذا المقام بحث .

(٢) حديث النهي عن زيارة القبور ثم الاذن بها « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها » فإياها تذكر الآخرة »

(٣) نسخ الاتجاه في الصلاة إلى بيت المقدس بالاتجاه إلى الكعبة

(٤) نسخ الأمر بصيام ثلاثة أيام بالأمر بصيام رمضان .

(٥) نسخ أمساك الرجل مطلقته بعد الثلاث وارتجاعها كلما شاء .

بتحريمها عليه تحريماً مؤقتاً حتى تزوج بزواج غيره . وتقع الفارقة

بينها وبين الثاني ثم تنقضى عدتها

(٦) قال تعالى (وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى

والمساكين فارتزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا) أي إذا حضر قسمة

الميراث أولو القربى ممن لا ميراث لهم ، قيل إن هذا النص منسوخ ،

وقيل إنه ليس بمنسوخ ولكن تهاون الناس فتركوه . وترك العمل

بالنص ليس بنسخه

« أمثلة للقسم الثاني »

« ١ » قال تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وقال (والذين يرمون أزواجهن) الآية أنظر صفحة ٤٦ . أخرج النص الثاني بطريق الذخ من النص الاول من يقذف زوجته بالزنا وجعل له حكما آخر وهو اللعان

(٢) قال تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقال « وأولات الاحمال أجابن أن يضعن حملهن » . وقد جزم ابن مسعود بأن الآية الثانية نزلت بعد الآية الاولى ، وعلى ذلك تكون عدة الحامل المتوفى زوجها وضع حملها طالت المدة أم قصرت وبهذا أخذ جمهور الفقهاء وقال على رضى الله عنه انها تعتد بأبعد الاجلين جمعا بين الآيتين ، احتياطا

وهنا بحث مهم جدا وهو أن الفرق بين الذسخ والتخصيص والتقييد انما يظهر في عصر الرسالة فقط . وذلك لأن النص قد يحىء عاما ومعه ما يخصه فيدل هذا من أول الأمر على أن العام قاصر من أول الامر على ما بقى بعد التخصيص ، وقد يحىء مطلقا ومعه ما يقيده فيدل هذا من أول الامر على أن المطلق لا يعمل به الا مع التقييد المذكور وقد يحىء النص عاما وبعد مدة من الزمن طالت أم قصرت يأتي نص آخر يخصه ، وفي الفترة بينهما يعمل بالعام على عمومته حتى إذا جاء المخصص قصره على ما بقى (أنظر ما قدمناه في صفحة ٤٦) وكذا إذا جاء مطلقا ثم جاء بعد ذلك ما يقيده عمل بمقتضى الاطلاق قبل يحىء النص المقيد وبعد ذلك لا يعمل به الا مقيدا . هذا هو الحكم في

عصر الرسالة به، والتشريع لما بينته بعد. أما بعد عصر الرسالة بعد وفاة الرسول ﷺ فيستوى الأمر بالنسبة للنسخ من جهة، والتخصيص والتقييد من جهة أخرى، إذ لا يعمل حينئذ بالعام إلا فيما وراء التخصيص ولا بالمطلق إلا مقيدا. وعلى هذا إذا قلت. أن حديث سعد في الوصية بالثلاث متيد لاطلاق الوصية من حيث القدر في قوله تعالى « من بعد وصية » في آيات الموارث أو ناسخ للاطلاق استوى الأمران بالنسبة إلينا. وكذا إذا قلت أن قوله تعالى « وما من فوجا » مقيد لقوله « حرمت عليكم الميتة والدم » أو ناسخ لاطلاقه كان الأمران مستويين بالنسبة لنا أيضا ومثل ذلك في تخصيص العام قوله تعالى « والمطلقات يتربعن بانفسهن ثلاثة قروء » مع قوله في حق غير المدخول بهن « ثم طمعتوهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »

إذا تقرر هذا فاننا بعد وفاة الرسول ﷺ يجب علينا أن ننظر في نصوص الكتاب وما ثبت من السنة من حيث التخصيص والتقييد كأن النصوص جاءت معا فنخصص العام ونقيد المطلق ولا بعيننا توارخ مجيء النصوص من الناحية العملية وإنما بعيننا هذا من الناحية التاريخية لنعرف تطورات التشريع والظروف والمناسبات التي جاء فيها، وإن في هذا من الفوائد العظمى مالا يستهان به.

هذا وليعلم أنه لا نسخ بعد وفاة الرسول لأن أحكام التشريع لا ينسخها غير الشارع، وأن نصوص الكتاب والسنة ينسخ بعضها بعضها على قول جمهور الفقهاء لأنها في مستوى واحد من حيث التشريع إذ الكل

في الحقيقة من عند الله وسيأتي لهذه المسألة تامة في الاجماع .

وكل النصوص الطائفة قابلة للنسخ الا قسمين منها «الاول» مانص فيه على التأييد كقوله ﷺ «الجهاد ماض إلى يوم القيامة» أي مطلوب من الامة أن تمضي فيه إلى يوم القيامة ونظير ذلك قوله ﷺ «لا تزال طائفة من أمتي قائمة على الحق» وقوله «ان تجتمع أمتي على ضلالة . إذ خبر المعصوم مطابق للواقع .

« الثاني » كل نص لا يقبل حسنه أو قبحه السقوط . مثال ذلك قوله تعالى « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا » وقوله « قل حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن » وقوله « لا تشرك بالله إن الشرك لظلم عظيم » .

وهكذا مما لا يحصى كثرة من النصوص

والنسخ بنوعيه حاصل في القوانين باستمرار ، لا ينقطع أبداً ، إذ السلطة التي تملك من التشريع الوضعى باقية لانزال فتملك الغاء ما شرعت كلا أو بعضا . حتى لا تكاد تمضى فترة من الزمن قصيرة إلا ويكون فيها إنشاء تشريع وإلغاء تشريع . ومن أمثلة نسخ الاطلاق والعموم ما جاء في قانون التسجيل المأمور بالعمل به من أول يناير سنة ١٩٢٤ . أنظر المادة الاولى منه والمادة (١٦) . ومن نصوص القانون ما لا يقبل الالغاء أصلا ومن ذلك ما جاء في المادتين « ١٥٦ و ١٥٨ » من الدستور والقوانين الوضعية ليست كلها في مستوى واحد من حيث القوة

بالنسبة لنسخ نصوص بعضها لبعض بل لها نظام معلوم مبين في موضعه .

تعارض النصوص

يجب أن يعلم أنه ليس في الشريعة تناقض حقيق بين نصوصها النابتة المطلوب العمل بكل منها ظاهرا ، بل إذا وجد شيء من ذلك ظاهرا فلا بد من نسخ أو تخصيص أو تقييد أو تأويل أو ترجيح لنص على آخر . وقد تقدمت أمثلة النسخ والتخصيص والتقييد . ولا ذكر هنا مثالين أحدهما للترجيح والثاني للتأويل . فالمثال الأول أنه ورد حديثان أولهما ينفي العدوى وهو حديث « لا عدوى » والثاني يعطى بظاهره وجود للعدوى وهو « فر من المجذوم فرارك من الأسد » وقد رجح الثاني على الأول بقوة سنده وضعف سند الأول . وإن كان بعضهم استعمل التأويل فيهما . والمثال الثاني أنه جاء في بعض الأحاديث أن صلة الرحم تزيد في العمر . وهذا يتعارض مع قوله تعالى « فاذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون » ويرفع التناقض تأويل الزيادة في العمر بسعة الرزق وزيادته وعافية البدن وراحة الضمير وأمن الإنسان في نفسه وعياله وما إلى ذلك ^(١) .

(١) يحكى أن سائحا دخل مدينة من جهة مئابرها فوجد مكتوبا على أحد قبورها أن صاحب هذا القبر لم يعيش إلا كذا يوما وعلى الثاني أن صاحب هذا القبر عاش سبعة أشهر فقط وعلى ثالث أن صاحب هذا القبر عاش ثلاث سنين ، وهو عمر طويل جدا . وهكذا . فتعجب من قصر أعمار أهل تلك المدينة فلما دَخَلَهَا وجد فيها شيوخا كبارا وكمولا كثيرين وشبانا وأطفالا فازداد

وقد استوفى علماء الأصول هذا الموضوع وأحاطوا به من جميع نواحيه بما لا مطمع فيه لمستزيد . وفيما ذكرناه هنا ما فيه الكفاية بالنسبة لهذا المختصر .

والآن وقد انتهينا من مباحث النصوص فلنبداً بذكر الأدلة الأخرى بإيجاز فأقول .

الاجماع^(١)

هو اتفاق الفقهاء المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته على أمر من الأمور الشرعية قولاً أو فعلاً في أى عصر من العصور . فلا اعتبار باتفاق العوام ولا بخلافهم في الأمور الشرعية . ولا ينعقد اجماع في عصر الرسول لأنه هو وحده المرجع في تعرف الأحكام الشرعية . والمراد بالعصر عصر من كان من أهل الاجتهاد في الوقت الذي حصلت فيه المسألة المجمع عليها ، سواء أكان المجتهدون كلهم في مكان واحد أم كانوا في أمكنة متعددة ، بعد أن يجمعهم عصر واحد .

عجبا . فسأل بعض أهل تلك المدينة عما رآه مكتوباً على قبورهم وكيف يتفق مع ما رآه في المدينة من الأحياء . فتبسم الشخص الذى سألهم وأجابهم إننا لا نكتب على قبور موتانا عمر من دفن فيها كاه وإنما نكتب فقط الأيام التى عاشها سعيداً فهذا هو تأويل ما رأيت .

(١) معنى الإجماع فى اللغة العزم ، قال الله تعالى « فأجمعوا أمركم » وقال ﷺ « لا صيام لمن . . يجمع الصيام من الليل » ويطلق أيضاً على الاتفاق ، يقال أجمع القوم على كذا أى اتفقوا . والفعل يتعدى بعلى ، ويتعدى بنفسه . تقول أجمعت على الأمر إجماعاً ، وأجمعته ، أى عزمت عليه .

وذهب بعض الأئمة المظام كالأمام أحمد بن حنبل إلى أن الإجماع لا يمكن تحققه إلا في عصر الصحابة إذ كانوا قليلا وكانت تجمعهم رقعة ضيقة من الأرض وكان الفقهاء منهم معروفين بأشخاصهم وأسمائهم .
وأما بعد هذا العصر فقد تفرق الفقهاء وحملته السنة النبوية في نواح متعددة كالعراق والشام ومصر والمغرب واليمن والحجاز وصار الإطلاع على آراء جميع الفقهاء منهم في عصر واحد مع هذا التفرق - وقد يكون منهم حامل الذكر - كالمعذر ، ولذا لا ينبغي أن يقال في مسألة أنهم أجمعوا على كذا ، بل الأسلم أن يقال لا أعلم في هذه المسألة خلافا بين الفقهاء .
لكن جمهور الفقهاء على القول بجواز الإجماع في كل عصر إلى يوم القيامة مادام الاجتهاد متحققا وجوده .

كيفية الإجماع وأنواعه

الإجماع طريقان :

(أولهما) أن يجتمع أهل الاجتهاد في مجلس واحد وتطرح عليهم المسألة المراد أبداء رأى كل منهم فيها ، أو يصادف طروء المسألة وهم مجتمعون بدون دعوة لها من قبل ، فإذا اتفقت كلمتهم على حكم لتلك المسألة كان هذا إجماعا وإذا أبدى بعضهم رأيا وسكت الباقون وكان سكوتهم يدل على الموافقة ظاهرا ولم يكن بعضهم سكت ليفكر في المسألة حتى يكون له رأيا فيها ، أو سكت خوفا أو تملقا للقاتل ومما إلى ذلك ، كان هذا إجماعا أيضا . والاول يسمى إجماعا قوليا أو صريحا ، والثاني يسمى إجماعا سكوتيا ، وهو دون الأول في القوة لما فيه من الاحتمال (ثانيهما) أن تحدث حادثة في عصر من العصور فيفتي فيها فقيه

مجتهد بفتوى أو يحكم فيها قاض مجتهد بحكم ثم يفتى مجتهد آخر في تلك الحادثة أو في مثلها بمثل الفتوى الأولى ، أو يقضى بمثل القضاء ، ويصنع ذلك مجتهد ثالث ورابع وهكذا حتى يتفق على رأى فيها جميع مجتهدى ذلك العصر ، ولو لم يجتمعوا ولم يتذكروا في المسألة . وهذا أيضا إجماع قولى ، فإن كان بعض مجتهدى العصر قد أبدى رأيه وبلغ باقى المجتهدين فسكتوا ودلت القرائن على أنهم سكتوا موافقين كان هذا إجماعا سكونيا .

وقد يكون الإجماع عمليا كإجماع على التعامل بالاستصناع وما تقتضيه العادات والعرف على ما بيناه فيما سلف . أنظر صفحة ٤٠ و ٤١ .

أهمية الإجماع وحجته

النصوص - كما أسلفنا - فى جملتها تحمل التأويل والتخصيص والتقييد ، والنسخ ، فإذا كانت هى المرجع وحدها كثر الخلاف بين الأئمة المجتهدين الذين يستنبطون الأحكام منها لا اختلاف الأفهام والمدارك ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى بعض النصوص مختلف فى ثبوته وهذا فى السنة فقط فقد تجد حديثا يقول بصحته بعض الأئمة المجتهدين أو من ينتصر لمذهبه ، ويقول فريق آخر بأنه غير ثابت أو سنده ضعيف ، وهذا كثير جدا وهو طريق ثان للخلاف . فإذا وجد الإجماع على المراد من النص ، أو على صحة الحديث اتقينا بذلك متاعب الخلاف وصرفنا فى مآمن من تفرق الأحكام بتفرق الأنظار ، وضاعت مسافة الخلاف . بهذا يكون للأجماع لاجرم أهمية عظيمة جدا وفائدة كبرى .

وجملة القول في حجية الاجماع أن الأكثرين من علماء الأصول ذهبوا إلى أن الاجماع حجة قطعية وأنه مقدم على الأدلة كلها حتى على النص بالمعنى الذى أسلفنا إذ الاجماع لا يحتمل تأويلا أصلا . وذهب جماعة من الأصوليين إلى أن الاجماع حجة ظنية فلا يفيد القطع بالحكم وذهب فريق ثالث منهم إلى التفصيل فقال ان ما اتفق عليه المعتبرون من الأئمة يكون حجة قطعية ، وما اختلفوا فيه كالاجماع السكوتى ، وما ندر مخالفه يكون حجة ظنية .

اتفاق أكثر المجتهدين

وقد اختلفوا فيما إذا اتفق أكثر المجتهدين على الحكم في مسألة شرعية اجتهادية وخالفهم قليل من المجتهدين على الحكم الذى قال به الأكثر فقليل أنه يعتبر اتفاق الأكثر مع قيام مخالفة الأقل ، ويعتبر اتفاقهم اجماعا مفيدا للظن القوى فقط . وقيل انه يعتبر حجة شرعية فقط لقوته ، ولا يعتبر اجماعا لأنه دون الاجماع فى القوة . وقد يكون الحق مع المخالف ولو واحدا .

وأقول انك لو استقرت المسائل الاجتهادية التى حكوا فيها الاجماع فلا تعدم أن تجد فى كل مسألة منها مخالفا إلا ما ندر جدا وقد استقرت ما لا يحصى منها فتبين لى ما أنبأتك عنه هنا فلا يغرنك كثير مما تبحر به فى كتب مقلدة الفقهاء المتمصنين لمذاهب أئمتهم من قولهم ان هذه المسألة ثابت حكمها بالاجماع ، فقد يكون مازعموه لاحظ له من الاجماع . وما بنيت عليه المسألة أو هى من بيت المنكبات وكذلك دعواهم فى كثير من المواضع شهرة الحديث ليرتفعوا به إلى

درجة القطع أو ما يقرب منها لالزام خصومهم بالحجة والحال أن الحديث الذي زعموه مشهورا لا أصل له أو له أصل واه وقد شاهدت من ذلك ما لا يحصى والله الأمر

استطراد

علمنا مما تقدم أن الاجماع حجة عند علماء الشريعة وأصل من أصول التشريع عندهم . فهل الاجماع كذلك عند علماء القوانين الوضعية؟ أقول جوابا عن هذا اننا قدمنا في أول كلامنا في الاجماع أنه لا يكون إلا بعد عصر الرسالة أى وفاة الرسول المبلغ شرع الله اليها وأما في عصره فلا اجماع إذ هو وحده ﷺ المرجع في كل الاحكام الشرعية ولا عبرة بمن سواه . وإذا تقرر هذا علم الجواب بأنه لا يتصور الاجماع على مسألة قانونية بحيث يعتبر هذا الاجماع أصلا من أصول التشريع الوضعى مع وجود الهيئة التى بيدها التشريع فهى المرجع فى وضع القوانين ، وأما تأويل النصوص القانونية ولو اتفقت عايه المحاكم فى عصر واحد أو أقرته الدوائر المجتمعة أو قضت به محكمة النقض والابرار فلا ينتهض شئ من ذلك حجة تجعل شيئا من ذلك فى قوة القانون بل لابد من الرجوع إلى من يبدع التشريع ليضعوا النص القانونى الملزم على ما هو مرسوم لوضع السرائع عندهم . ويكفيك شاهدا على ذلك اضطراب المحاكم حتى الآن فى بيان المراد بكلمة « أصل الوقف » وفى عدم سماع دعوى الوقف بناء على ماقرره علماء الشريعة . فقد رأينا الدوائر المجتمعة قد قررت فى ذلك قرارا فاذا بقاض بعد ذلك ببرهنة يسيرة قد خالفهم فيما قرروه ، وثمة أمثلة أخرى .

مستند الاجماع

ذهب جمهور علماء الاصول الى أن الاجماع ليس أصلا مستقلا بنفسه بل لا بد له من مستند من الكتاب أو السنة سواء علمنا ذلك المستند أم لا إذ يكفي أن يكون الاجماع قد وصل اليه بطريق النقل الصحيح . وإنما قالوا ذلك لأن الأجماع لو كان أصلا مستقلا لاقتضى إثبات شرع زائد بعد النبي ﷺ ، وذلك غير جائز . وميأتي جوابي عن هذا بعد حكاية القول الثاني . وذهب جماعة منهم إلى أن مستند الاجماع كما يكون نصا يجوز أيضا أن يكون قياسا أو اجتهادا يجمعون على الحكم فيه .

أقول - إذا كان من الجائز عند جمهور الاصولين والفقهاء ثبوت أحكام شرعية بالقياس أو الاجتهاد الفردي ، ويكون ما انتجه القياس ، وما أدى اليه الاجتهاد شرعا في حق المجتهد وفي حق من يقلده ممن يثقون به من الناس - أفلا يجوز أيضا أن ينمقد الاجماع على ما أدى المجتهد اليه إجهاده من قياس أو استحسان ويكون حجة أقوى من حجة إجهاد الفرد . وبهذا يتبين أن الرأي الثاني هو الذي يجب التعويل عليه

هل ينسخ النص اجماعا ، وهل ينسخ الاجماع نصا

أما الأول فجوابه النفي . وذلك لأن الاجماع لا يوجد الا بعد انتهاء

عصر التشريع كما أسلفنا فلا يتصور نسخ السابق لاحق ؛ وإذا قلنا قد يأتي الاجماع مخالفا للنص فهذا أيضا محال وقوعه مادام النص قطعيا أما إذا كان قابلا لتأويل أو تخصيص أو تقييد فإن الاجماع يبين الوجه المراد من وجوه التأويلات أو يبين أن النص في الواقع مخصص أو مقيد

مستندا الاجماع فى ذلك الى نص آخر ولا حاجة بنا الى أن نعرفه بعد ثبوت الاجماع عندنا . وبهذا لا يتصور نسخ نص لاجماع ولا تعارض بين نص قطعى محكم وإجماع إذ القطعيات لا تتعارض ؛ ولا وجود لذلك أصلا فى الشرع الاسلامى .

وأما الثانى : فقد زعم بعض الناس أن الاجماع ينسخ النص واستدل على ذلك باجماع الصحابة على إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم فى عهد أبى بكر رضى الله عنه مع نص القرآن على أن لهم سهمها فى مال الصدقة ويرد على هذا بانه لا إجماع فى المسألة . وسيأتى شرح هذا الموضوع فى المصالح المرسلة واستدل أيضا بأن ابن عباس قال لعثمان رضى الله عنهم كيف نحبب الام من الثلث الى السدس بالأخوين مع قوله تعالى « فان كان له أخوة فلائمه السدس » فقال له عثمان حببها قومك . فقليل ان هذا اجماع منهم على خلاف الدليل القاطع . ويجاب عن هذا بان أهل اللغة اختلفوا فى أقل ما يطلق عليه أجمع المنكر أهو اثنان أم ثلاثة وبذلك يكون اجماعهم انما هو على أحد التأويلين ، وهذا جائز ، اذ ليس هو رفع الحكم النص القطعى . وبذا ثبت أن الاجماع لا ينسخ — نسخ النص بمعنى أنه لا يرفع حكمه

نسخ الاجماع بالاجماع

ذهب الجمهور الى عدم جواز نسخ الاجماع بالاجماع . وخالفهم فى ذلك بعض علماء الاصول . وهاك جملة القول فى ذلك قال الجمهور ان الاجماع الاول لو كان قطعيا وفرضنا أن الثانى قطعى أيضا كان هذا محالا ، اذ الأمة أجمعت على الأول — ولا تجتمع الأمة على ضلالة

فذا يحكم على الاجماع الثانى بأنه خطأ لمحيثه مخالفاً للدليل القاطع، وخطأ
الاجماع القطعى محال وعلى هذا لا يتصور وجود اجماع قطعى لاحق
ينسخ اجماعاً قطعياً سابقاً

وأجيب عن هذا بأنه قد يرد نص قطعى ثم يجرى بعده نص قطعى
آخر فينسخه ، وفى هذه الحالة لا يقال ان النص المتأخر خطأ. فكذلك
شأن الاجماع الثانى مع الاجماع الأول .

واستدل بعض علماء الأصول للجمهور بدليل آخر فقال انه لا مدخل
للآراء فى معرفة انتهاء الحكم فى علم الله تعالى ، بل إنما يعلم ذلك بالوحى
وقد انقطع .

وأجيب عن هذا بأن المجتهدين لا يجمعون بمحض الآراء ، وإنما
يستندون فى اجماعهم إلى دليل عرفوه ، وبسببه كن الاجماع .

وما المانع من أن مستند الاجماع الأول كان قياساً علمته وصف
رأه الأولون مصلحة ، ثم تغيرت المصالح فى زمن ثان فقام أهله باعتبار
وصف آخر يقتضى غير حكم الاجماع الأول . وإذا يكون نسخ الاجماع
بالاجماع جائزاً على هذا الاعتبار ، وإن كان ذلك مخالفاً لما ذهب اليه
الجمهور. فان حاجة زماننا تدعو إلى هذا فى الشؤون الدنيوية لتغير
أحوال المجتمع تغيراً لم يخطر ببال الأولين منا ، والاحكام الدنيوية
مبنية على رعاية الصالح والأصلح عملاً بهدى الكتاب والسنة وعمل
الخلفاء الراشدين والسلف الصالح من هذه الأمة ، ويكفى الانخالف

نصاً قطعياً من النصوص الشرعية فى شئوننا الدنيوية

أمثلة للاجماع

هذه بعض أمثلة لما حكى فيه الاجماع ، بعضها لم يعلم فيه خلاف اصلا وبعضها خالف فيه بعض الفقهاء من لدن عهد الصحابة فما بعده (١) عدم ميراث ابن الابن مع وجود الابن . وهذا اجماع لم يعلم فيه مخالف من الامة كلها^(١)

(٢) الاجماع على أن المراد بالأخ والأخت في آية الكفالة الاولى أولاد الأم فقط وفي آية الكفالة الثانية المراد بهما الأشقاء وأولاد الأب . (٣) الاجماع على أن معنى الكفالة عدم الولد مطلقا وعدم الأصل المذكور الوارث وقد شذ بعضهم فاشترط عدم الأم أيضا ، وشذ آخر فقصر الكفالة على عدم الولد فقط

(٤) الاجماع على أن الرقيق لا يرث بناء على أنه لا يملك وفي هذا نظر وعلى أن القاتل لا يرث . وفيه خلاف لبعضهم ، وعلى أن لا يرث مع اختلاف الدين ، وفيه استثناء لبعض الأئمة

(١) ومن أجل ذلك لما روى من باب الشفاعة والمصلحة أن يعطى فى بعض الحالات ابن الابن شيئا من مال جده بعد وفاته ووجود من يحجبه من أبناء المتوفى لجأت اللجنة المشكاة لاختيار قانون شرعى من أقوال فقهاء الأئمة للعمل به يكون مناسبا لحاجاتنا الى أن تأخذ بالمذهب القائل بوجوب الوصية للأقارب غير الوارثين ، ثم بالمذهب القائل بأن من مات وكان قد وجبت عليه وصية لأقاربه فلم يقم بما وجب عليه فان القاضى يقوم مقامه الخ فساكت اللجنة هذه الطريقة لترسل الى ابن الابن ما كان أبوه يستحقه لو كان حيا أو بعضه (راجع محاضر اللجنة) .

- (٥) الوصية لغير الوارث بما لا يزيد على الثلث ، وشذ بعضهم
(٦) صحة عقد الزواج بدون تسمية المهر ، والواجب اذا مهر المنزل
(٧) تقديم الدين على الوصية في الحقوق المتعلقة بالتركة
(٨) بطلان تصرفات غير المميز من صبي ومجنون ومعتوه
(٩) حرمة الجمع بين المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها في الزواج
(١٠) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
(١١) تبعية الولد لأمه في الرق والحرية ، ولأبيه في النسب
(١٢) البينة على المدعى . واليمين على من أنكر ، وفيه تفصيلات
وخلاف

- (١٣) ثبوت الحق باقرار المدعى عليه
(١٤) بطلان تزوج المسلمة بغير المسلم
(١٥) بطلان تزوج المسلم بالمشركة
(١٦) ثبوت ولاية الاب على أولاده ، وكذا الجد الصحيح على
أولاد ابنه في النفس والمال .

- (١٧) حكم الحاكم يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية .
(١٨) كفالة الديون وحوالها وسائر العقود التي اتفق عليها الفقهاء
(١٩) الوقف على الذرية والاقارب عند جميع القائلين بلزوم الوقف
(٢٠) عدم الجمع بين أكثر من أربع زوجات .
(٢١) تقديم الام على غيرها في حق حضانة أولادها الصغار ما لم
يقم بها مانع .

- (٢٢) جعل ميراث البننتين الثلثين ؛ وفيه خلاف غير ملتفت اليه .

(٢٣) تحريم شحم الخنزير قياسا على تحريم لحمه بدلالة النص
(٢٤) فرض الكفاية ينقلب فرض عين على من يتعمد له كما في
القضاء والشهادة وغسل الميت وتكفينه والصلاة عليه ودفنه ودفع
العدو عن البلاد واغاثة الملهوف وانقاذ الغريق لمن يستطيع ذلك

القياس

تمهيد لا بد منه

(بعض الأحكام مأخوذ من النصوص مباشرة كتحرим تزوج الانسان
بأمه وكون نصيب البنت من الميراث على النصف من نصيب الابن إذا ورثا
معا ، وهكذا . وبعضها مأخوذ من النصوص بواسطة الاستنباط والاجتهاد
كتحریم بعض أنواع الربا وتحریم ما يضر بالجسم والعقل وكون الرهن مضمونا
بالأقل من قيمته ومن الدين ، وأكثر أحكام الوقف وسائر المعاملات وغير
ذلك مما امتلأت به الكتب الفقهية وكتب الفتاوى والأحكام القضائية مما لا يحصى
كثرة . لكن الحوادث وإن كانت غير متناهية ، ونصوص الشرع متناهية فإن
حكم ما لا نص عليه مباشرة يؤخذ بطريق الاستنباط والاجتهاد على ما أسلفنا
من معاني النصوص وأحكامها الشاملة ، وإن في عمومات الكتاب والسنة ومطلقاتها
وخصوص نصوصها ما يكفي للقيام بذلك ، وأعلى أنواع الاستنباط والاجتهاد
هو القياس لانضباط تواعده إذا كان قياسا منصوفا على علته أو مقطوعا فيه
ببني الفارق ، وغير ذلك محل نظر وتردد وسالكة عرضة لأن تزل قدمه ،
والاجتهاد يكون أيضا بالتمسك بالبراءة الأصلية . وبأصالة الإباحة في التمتع
والانتفاع بما في الأرض جميعا وبالتمسك بالمصالح في الشؤون الدنيوية ، وكذا
بالتمسك بالاحتياط وسد الذرائع ، وبالجملة فطرق الاجتهاد كثيرة ، وعمومات

النصوص وخصوصاتها تأذن بما هو صالح يجلب منفعة أو يدفع مفسدة بشرط ألا يخرج عن محيط النصوص. وهذا أمر عظيم جدا يعوزه الفهم الصحيح للنصوص وإخلاص العمل لله ، وتوفيق الله وهدايته

تعريف القياس

معنى القياس فى اللغة تقدير شىء على مثال شىء آخر ونسويته به .
وفعله قاس يقيس .

ومعناه فى الاصطلاح الشرعى - الحاق فرع بأصل فى الحكم لمساواته له فى علة حكمه كالحاق النبىذ - وسائر المشروبات الروحية - بالخمر فى الحرمة لمساواة النبىذ وأضرابه للخمر فى الاسكار ويشترط لكل قياس وجود أربعة أشياء

- (١) المقيس عليه ، ويسمى الأصل ، وهو فى المثال السابق الخمر
 - (٢) المقيس ، ويسمى الفرع ، وهو « » « النبىذ
 - (٣) الوصف الجامع بين الأصل والفرع ، ويسمى العلة « الاسكار
 - (٤) الحكم الشرعى المنقول من الأصل الى الفرع « الحرمة
- وليس كل أصل يصلح للقياس عليه ، بل لابد لذلك من شروط .

(الأول) أن لا يكون الأصل مخالفا للقواعد الكلية الأصلية كتحریم التزوج بزوجات النبى ﷺ بعد وفاته فلا يقاس عاين غيرهن من نساء العالمين ، إذ هذه خصوصية له ﷺ ، وقد اتفقت كلية الأمة على ذلك وجاءت به النصوص الفاطية ، ومثل ذلك سائر الخصوصيات التى وردت بها النصوص فلا يقاس على شىء منها لكونها مستتناة من القواعد الأصلية ، ولم يرد نص ناسخ لتلك القواعد فهى باقية على ما كانت عليه بعد ما أخرجه الاستثناء .

أما إذا كان المستثنى من قاعدة عامة له علة يمكن العقل أن يستقل بادرأ كما فهذا لا مانع من أن يقاس عليه مثال ذلك أن الله حرم ربا الفضل على لسان رسوله ﷺ ، ثم استثنى منه العرايا (١) وذلك لحاجة الناس ، فيقاس العنب على الرطب لاتحادهما في العلة .

(الثاني) أن لا يكون الأصل منسوخ الحكم وهو ظاهر .

(الثالث) أن يكون الأصل معقول المعنى أى يدرك العقل وجه المناسبة بين الأصل وحكمه . ولهذا لا يقاس على الحدود لأنها تشتمل على تقديرات لا يستقل العقل بادرأك حكمها كجعل حد القاذف ثمانين جلدة ، والزاني مائة جلدة ، إذ يجوز في نظر العقل أن يكون العدد أكثر أو أقل على حسب الظروف ، ويجوز عنده أيضا أن تكون العقوبة بغير الضرب . كذلك الدية المقابلة للدم المهدور خطأ ، وكونها على العاقلة وأشباه ذلك مما يعلم حكمه من نص الشرع خاصة ولا يهتدى العقل فيه إلى وجه المناسبة بين الفعل وحكمه وفي القياس بحوث كثيرة لا حاجة إلى إيرادها هنا ولا إلى إيراد كل مسائله ، بل لهذا موضع في غير هذا المختصر .

أمثلة للقياس

- (١) قياس الجمع بين المرأة وابنة أخيها ، أو ابنة أختها في الزواج على الجمع بين الاختين في التحريم ، والعلّة قطيعة الرحم
- (٢) قياس الجد المصحح على الأب في الميراث لكون كل منهما أصلا طاصبا للمتوفى فيقوم الثاني مقام الأول بعد موته
- (٣) قياس قاتل الموصى على قاتل المورث في الحرمان من التركة

(١) العرايا : جمع عرية وهي النخلة ، رخص النبي ﷺ في بيع ما عليها من الرطب للمحتاجين بمثل مثذاره من التمر حذسا وتخميناً .

لان كلا تعجل بالشيء قبل أوانه ، ولانه لا يجوز أن يستفيد الجاني من جنابته شرعا

(٤) قياس التركة اذا ضاقت عن الوفاء بجميع انصبااء الورثة على مال المدين اذا ضاقت عن الوفاء بجميع الديون في التقسيم بالخصص (العول) بجامع الضيق في كل عن الوفاء

(٥) قياس الزوجية في منع الرجوع في الهبة على القرابة المحرمية لتشابه العلاقتين في استحقاق الصلة والبر والاحسان والاستحقاق في الميراث

(٦) قياس الوقف على العتق في نظر ابى يوسف ، وعلى الهبة في نظر محمد ، وعلى العارية في نظر ابى حنيفة وتفريع الاحكام على ذلك (٧) قياس ذوى الارحام على العصباء في استحقاق الارث بالترتيب لوجود الجهات في كل منهما وملاحظة القرب والبعد

(٨) قياس بيع ما وجد من الثمار وما سيوجد جملة واحدة على السلم في الصحة والجواز بجامع الحاجة في كل

(٩) قياس الغصب وخيانة الامة بين الاصول والفروع والزوجين على السرقة في عدم العقاب لوجود علاقة القرابة والزوجية في كل ، ولان في الجميع اعتداء على مال الغير وانلافه (قانون العقوبات)

(١٠) قياس بصمة الاصبع والختم على الامضاء (التوقيع) ، في الاثبات بطريق اتحاد الدلالة في كل وان كان ذلك في البصمة أقوى ثم في التوقيع ، وبليه الختم وهو أضعف الجميع كما لا يخفى (القانون المدني) وفي هذا القدر من الامثلة كفاية

نقمة للناس

(١) نذكر هنا مسألتين متممتين لما تقدم .

(المسألة الأولى) :

ما شرعه الله لعباده إنما شرعه لهم لمصلحة تعود عليهم بجلب ما
ما فيه خير لهم ودفع ما فيه شر عنهم ، وهذه هي الحكمة الباعثة على
تشريع الأحكام . وأما هو سبحانه وتعالى فهو غنى عن العالمين ومتعال
بكمالاته المطلقة عن أن يناله نفع أو ضرر .

غير أن الحكمة الباعثة على التشريع قد تكون خفية ، وقد تكون
غير منضبطة . لذلك أديرت الأحكام على الأوصاف الظاهرة المنضبطة
التي يظن وجود الحكمة معها وسميت تلك الأوصاف بالعلل الشرعية ،
أي معرفات الحكم الشرعى . فالعلة هي الوصف الظاهر المنضبط الذى
يظن وجود الحكمة الباعثة على التشريع معه غالبا . وقد تتخلف الحكمة فى
بعض الجزئيات ، وقد توجد مع غير هذا الوصف ، لكن دوران
الحكم مع علته أى مع الوصف الظاهر المنضبط أضبط للأحكام وأبعد
عن الاضطراب والخلل فيها وإن كان يضحى فى سبيل ذلك بعض
الجزئيات التى تتخلف فيها الحكمة — من دورانه مع الحكمة لما يترتب
على ذلك من عدم الانضباط وتحكيم الأهواء ، والتردد والخيرة بل
النوقف فى بعض الحالات . ولذلك كانت القاعدة هي أن مناط الأحكام
المطابق الحكمة وهذا خير الطريقين أو أقلها ضررا .

وهناك بعض أمثلة لذلك

(١) الحكمة الباعنة على الترخيص في الإفطار في رمضان هي المشقة التي يقع فيها الصائم لو صام ، والمشقة غير منضبطة ولذا أقيم مقامها السفر والمرض لأنها توجد معهما غالبا . وعلى هذا إذا ادعى مقيم صحيح وجود مشقة في صومه فلا يقبل ذلك منه لأن هذا الباب لو فتح لانسد باب الصوم بالكفاية إذ لا يعدم أحد أن يدعي المشقة من الصوم ولووها

(٢) الحكمة الباعنة على إعطاء اليتيم ماله هي رشده لأنه متى رشد صار قادرا على حفظ ماله واستثماره والانتفاع به بنفسه لكن الرشد وصف غير منضبط فأقيم البلوغ مقام الرشد لبناء الحكم عليه . وقد يسبق الرشد البلوغ في بعض الأفراد لكن لا يلتفت إلى هذا ، لاجل ضبط الأحكام .

(٣) الحكمة الباعنة على شرعية الشفعة هي دفع الضرر الناشئ من الشركة أو الجوار لكن قد يكون المشتري الجديد خيرا للشركاء وأخيرا وسائر أهل المحلة من البائع ، وقد تتخلف الحكمة في بعض الصور (راجع صفحة ٣٤) من أجل ذلك أدير الحكم على الوصف الظاهر المنضبط وهو نفس الشركة والجوار لأجل ضبط الأحكام . وكذلك نيط حكم العقود بالإيجاب والقبول في كل منها وفي سائر التصرفات من إسقاطات وغيرها بالألفاظ الدالة عليها متى استوفت شروطها وأركانها وقد تتخلف الحكمة الباعنة في بعضها . وبعد فليس في الأماكن أبدع مما كان مادام الإنسان هو هذا الإنسان

(المسألة الثانية)

مقاصد الشارع من وضع الشريعة تنحصر في ثلاثة أقسام على الترتيب الآتي :

القسم الأول - المقاصد الضرورية وهي حفظ النفس والمال والنسل والعقل والدين . وحفظها يكون بما يقيم أركانها ويضمن بقاءها . وبما يخلصها من الخلل الواقع بها ويدبراً عنها الخلل المتوقع في المستقبل . ولذا شرع الله تعالى القصاص لحفظ النفس ، والضمان وحد السرقة والتعزير لحفظ المال ، وحرم الزنا وأوجب العقوبة عليه لحفظ النسل ، وحرم المسكرات وأوجب الحد على متعاطيها لحفظ العقل ، وشرع الجهاد لحفظ الدين وزاد بعض العلماء سادساً على الخمسة المذكورة آنفاً وهو حفظ العرض فإن عادة العقلاء بذل نفوسهم وأموالهم دون أعراضهم ، وما فدى بالضروري فهو بالضرورة أولى

والقسم الثاني - المقاصد الحاجية وهو ما يقع في محل الحاجة التي هي فوق الضرورة كالأجارة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والسلم وإباحة الصيد والتمتع بالطيبات . فالحاجيات هي ما أريد للتوسعة ورفع التضييق المؤدى في الغالب إلى الحرج والمشقة .

القسم الثالث - المقاصد الكمالية أو التحسينية ويندرج تحنها محاسن العادات وكل ما هو فوق الحاجيات .

ويمكن أن تتصور هذه المراتب الثلاث في المساكن ابتداء من كهوف الجبال إلى أفخم القصور ، وفي الملابس من ستر الجسم بأوراق

الاشجار الى أغلى الملابس من الحرير وأضرابه وفي المآكل والمشارب
والمفروشات الخ.

وقد استوفى الشاطبي رحمه الله في الموافقات كل ما يتعلق بهذا
الموضوع بما لا يقبل المزيد . وبهذا وضع نظام للشريعة من أبدع وأنفس
وأففع ما يكون .

بعض أدلة أخرى

زيادة على ما تقدم من الكتاب والسنة والاجماع والقياس
الاستحسان

يطلق الاستحسان عند فقهاء المذهب الحنفي بالاشتراك على
معنيين (أولهما-) قياس خفيت علمته لدقتها وبعدها في مقابلة قياس آخر
ظهرت علمته لتبادرها إلى الذهن أولاً (ثانيهما) النصوص التي جاءت
على خلاف القياس ^(١) بطريق الاستثناء من القواعد الأصلية .

(مثال الأول) سؤر ^(٢) سباع الطير كالنسر والعقاب حكمه حكم
سؤر سباع البهائم كالأسد والتمر لأن لعاب كل من النوعين متولد من
لحم نجس ، واللعاب يتصل بالماء بواسطة الشرب منه فينجسه . وهذا
هو القياس . لكن سباع البهائم تشرب بشفاها فيتصل لعابها بالماء حتماً
فينجسه ، وسباع الطير تشرب بمنافيرها وهي جافة فلا يتصل لعابها
بالماء فلا ينجس الماء من شربها منه . فيقاس سؤر سباع الطير .

(١) هنا بحث عظيم لكن المسام لا يتسع له ولا يتحملة

(٢) السؤر هو بقية الماء من الشرب . ومنه لفظ سائر أى الباقي ومن

الناس من يظن أن معناه معنى كل وهذا غلط

على سؤر الانسان لأن لحم كل منهما لا يؤكل واللحباب متولد منه . فكما
أن سؤر الأدمى غير نجس فكذلك سؤر سباع الطير وهذا هو
الاستحسان . ولكن يكره التوضؤ من سؤر سباع الطير كراهة
تنزيهية لمخالطتها النجاسات فوجب الاحتياط . وسؤر الهرة كسؤر
سباع الطير لمخالطتها للناس في بيوتهم وفي الحكم بنجاسة سؤرها حرج
عظيم ، والحرج مدفوع شرعا .

(ومثال الثانى) الوصية فهم فى القياس باطلة لأنها تبرع بالمال
بعد زوال ملك المتبرع عنه . وإنما جازت استحسانا لورود النص بجوازها
والحث عليها لحكمتها المبينة فى محلها . وكذلك الاجازة قالوا انها باطلة
قياسا لأنها بيع المعدوم ولكنها جازت استحسانا لورود النص بها ،
لحاجة الناس اليها .

وهذا النوع كثير جدا فى كتب المذهب الحنفى . وأما ما نقل عن
الشافعى رضى الله عنه من أنه قال - من استحسّن فقد شرع - فراده
بذلك ما يستحسنه الانسان ويشتهيّه من غير دليل بل بمجرد الهوى ،
ولا شك أن هذا استحسان باطل لا يقول به عاقل .

ومن راجع الكتب الفقهية للمذاهب الأربعة وغيرها وجدها
ملاى بأحكام مبناهما الاستحسان الذى مرجعه الأصول المعتمدة ، حتى
للمصلحة المرسله .

الاستصحاب

إذا كان شئ ثابتا فيما مضى فاعتبرته باقيا وموجودا إلى الآن فهذا
هو الاستصحاب . وهو أنواع .

(الأول) مادل العقل والشرع على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان القول المقتضى له من إيجاب وقبول كما في البيع فيعتبر باقيا حتى يقوم الدليل على زواله أو انتقاله .

وكشغل ذمة المدين بسبب استدائنه حتى يقم الدليل على الوفاء وكدوام الحل بين الزوجين بعد عقد الزواج حتى يقوم دليل الفرقة من طلاق أو فسخ أو موت . والاستصحاب حجة للدفع فمن كانت في يده دار ملكها بسبب سابق من أسباب الملك فادعى ملكيتها شخص آخر فلا يكلف واضع اليد بإقامة البينة على أن الدار ماله ، بل الذي يكلف البينة هو ذلك المدعى . ومن أوصى لك بوصية ثم مات فطالبت من تحت يده التركة بما أوصى لك به فقال لك أقم الدليل على أنه مات مصرا على وصيته تقول له أنت أقم الدليل على أنه رجع عن وصيته وأما أنا فتمسك بثبوت إيجاب الوصى وأنت توافقي على ذلك ، وأنا متمسك بالاستصحاب بعد ذلك حتى موته فمن ادعى رجوعه فعليه الدليل .

وعلى هذا جاءت المادتان (١٨٠ و ١٨١) من اللائحة الشرعية والثاني استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي عليه وهنا مسألة مهمة جدا وهي أن جميع المسلمين المقيمين في دار الاسلام مكفون بجميع أحكام الشرع ولا يعذر أحد منهم بالجهل بها الا اذا كان آتيا من الخارج ولم يستقر المدة الكافية لمعرفة أحكام الاسلام . وهانحن أولاء نرى في القوانين الوضعية واللوائح المختلفة وما إلى ذلك مما لا يحصى كثرة أنه لا يعذر أحد أمام القضاء بالجهل بشيء منه

وهذا أمر لا بد منه حتماً وإلا اختل النظام اختلالاً لا يرجى معه الإصلاح والاستصحاب أنواع أخرى لا داعى إلى إيرادها هنا .
ومن القواعد المشهورة «أن الاستصحاب حجة للدفع لا للاثبات»
وعليه بنيت أحكام المفقود .

المصالح المرسله

المصالح جمع مصلحة ، وهى المحافظة على مقصود الشارع من جانب المنافع ودرء المفاسد عن الخلق . والمراد بالمرسله مالا ترجع الى نص معين من نصوص الشرع ، ولم يرد فيها ما يشهد لها بالاعتبار ولا بالانقضاء .
وجملة القول فى ذلك أن ما شهد له الشرع بالاعتبار من الاوصاف المناسبة الاحكام مقبول بالاتفاق ، وما شهد له الشرع بالانقضاء غير مقبول اتفاقاً كفتوى محيى بن محيى المذكورة فى صفحة (٢٩) ومالا يشهد له الشرع لا بالاعتبار ولا بالانقضاء موضع اختلاف بين الفقهاء . فمنع الجمهور العمل به . ويظهر أن السبب فى ذلك هو الخوف من الحكم الظالمين أن ينادوا فى الاحتجاج بالأخذ بها تبريراً لسياساتهم الظالمة المخالفة لروح الشريعة العادلة ومقاصدها النبيلة ، والافكتب الجمهور بمملوءة بمسائل كثيرة بنى الحكم فيها على مجرد المصلحة فى ذاتها وذهب فريق من الفقهاء الى الأخذ بها واشتهر ذلك عن الامام مالك ثم عن الامام احمد ولعل الراجح هو الأخذ بها فى الشؤون الدنيوية فى مسائل المعاملات وسائر الارتباطات القانونية والمسائل القضائية والسياسية والحربية وكل ماله صلة بنظام الدولة وتنظيم المعاملات بين بعض الافراد وبعض بينهم وبين الدولة ، وبين الدولة وغيرها من سائر الدول الأخرى

مادامت تلك المصالح لا تتصادم مع النصوص القطعية العامة وما دام
الآخذ بها بمعزل عن ظلم عباد الله بل هذا هو الدواب ان شاء الله
وهاك بعض أمثلة مما بني على المصالح المرسلات من لدن عهد الخلفاء
الراشدين فمن بعدهم من أئمة العدل وحماة الدين والشرع رضى الله عنهم
أجمعين

(١) جمع الصحف المتفرقة المكتوب فيها القرآن الكريم في عهد
أبي بكر رضى الله عنه في مصحف واحد ثم كتابة المصاحف وتفريقها
على البلاد الإسلامية في عهد عثمان رضى الله عنه . وسيأتى شرح ذلك في
تاريخ التشريع

- (٢) قتال أبي بكر رضى الله عنه لما نعى الزكاة
(٣) منع المؤلفة قلوبهم من أخذ سهمهم من أموال الصدقات
(٤) قضاء عمر على محمد بن مسلمة : راجع صفحته (٣٩)
(٥) توريث زوجة الفار في مرض الموت
(٦) تضمين الساعى عند السلطان بالوشاية
(٧) وضع عمر الخراج وتدوين الدواوين
(٨) تضمين الصناع ما تالف تحت أيديهم
(٩) جواز وضع الامام العادل ضرائب وإطانات مؤقتة عند
الضرورة للاستكثار من الجنود لسد الثغور وحماية المملكة إذا لم يكن
في بيت المال ما يكفي لذلك .

- (١٠) العقاب على بعض الجرائم يأخذ المال على قول بعض الفقهاء
(١١) حبس المتهم ، أو ضربه على قول بعض الفقهاء . وفيه بحث

(١٢) قتل الجماعة بالواحد اذا تمالؤا على قتله كما فعل عمر رضى الله عنه .

(١٣) قتل الرجل بالمرأة على ماذهب اليه ابن رشد .

(١٤) حرمان من يتزوجها المريض مرض الموت اضراً بورثته في الميراث على ماذهب اليه بعض الفقهاء .

(١٥) عدم إقامة الحد على السارق عام الجماعة - نظراً الى روح الشريعة .

(١٦) اطلاق أبي محجن من السجن والعفو عنه جزاء بلائه في الجهاد

(١٧) تغريب عمر رضى الله عنه لنصر بن حجاج بعد حاق شعره مخافة افتتان النساء به .

(١٨) أمر مولاى الحسن سلطان المغرب الأقصى بشأن قطاع الطريق من قبائل البربر .

(١٩) مارآه الشوكانى من قبول شهادة غير العدول إذا أعوز الأمر وخيف ضياع الاموال واهدار الدماء .

(٢٠) قبول شهادة النساء وحدهن في الحوادث التى تقع في الحمام

(٢١) قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما شجر بينهم في

مجتمعاتهم الخاصة التى ليس فيها رجال .

(٢٢) افتاء عمر بجعل الطلاق المقرون بلفظ الثلاث ثلاث طلاقات

تأديبا لمن يفعل ذلك وزجرا لغيره . وفي هذه المسألة كلام كثير وجدل

سخيف ، وقد استقر الأمر عندنا الآن على ما كان عاياه الأمر أولا

(٢٣) تأييد الحرمة على من تزوج امرأة وهى في عدتها ودخل بها

على مذهب مالك . والمسألة محل نظر .

(٢٤) اذا أغرى رجل امرأة متزوجة فافسدها على زوجها حتى وقعت الفرة بينهما فأنها تحرم حرمة مؤبدة على من أغراها . على مذهب مالك أيضا .

(٢٥) إذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن قبل ثدى غيرها لمصلحة المحافظة على جماله . على قول مالك أيضا .
هذا . ومن يتبع الكتب الفقهية وكتب الفتاوى يجد من أمثلة ذلك ما لا يحصى كثرة .

الاجتهاد

الاجتهاد هو بذل النقيه وسعه في نيل حكم شرعى عملى بطريق الاستنباط . ومعنى بذل الوسع أن يأتى بكل ما يستطيعه للوصول الى معرفة الحكم الشرعى حتى يحس من نفسه العجز عن طلب الزيادة . ولا بد أن يكون من بذل جهده لطلب الحكم الشرعى فقيها لأن غير العقيه ليس فيه من المؤهلات ما يوصله الى المطلوب فلا يعتبر اجتهاده ولا يسمى مجتهدا فى الاصطلاح كما لو بذل شخص لم يتعلم صناعة الطب كل ما فى وسعه لمعرفة مرض باطنى فى مريض خاص وعمل العلاج اللازم . على حسب الاصول الطبية . لهذا المرض . وإنما قيد الحكم الشرعى بكونه عمليا لأن موضوع الفقه هو الاحكام العملية دون الاعتقادية ، اذ تلك لها علم آخر وهو المسمى بعلم الكلام ، وهو خارج عن موضوعنا هنا .

ولا يحصل الفقيه باجتهاده على الحكم الشرعى الا بطريق الظن

الراجح في نظره ، وقد يصيب بذلك الواقع في علم الله وقد بخطئه .
ولا يكلف الله نفسا الا وسعها . ومن هنا تعرف أن الاجتهاد لا يكون
في النصوص القطعية الثبوت والدلالة لانها لا تحتاج في فهم المراد منها
ولا في ثبوتها عن الشارع الى بذل جهد خاص ، ولا يتصور الخلاف
فيها وانما يكون الاجتهاد في فهم النصوص القابلة للتأويل ، وفي كون
النص ثابتا بطريق صحيح أو غير ثابت أو في روايته مقال ، وفي استنباط
الاحكام واستخراجها من معاني النصوص وما الى ذلك

شروط المجتهد

واشترطوا في المجتهد شروطا اذا توافرت فيه كان أهلا لاستنباط
الاحكام الشرعية الاجتهادية للعمل بها في خاصة نفسه ، وافتاء غيره بما
أداه اليه اجتهاده ، والقضاء به اذا كان قاضيا . ولغيره ممن لم يستطع
الاجتهاد أن يقلده فيما اجتهد فيه اذا كان موضع ثقة عنده . وهالك
خلاصة ما اشترطوه من الشروط

(الشرط الاول) أن يكون عالما بالكتاب اى القرآن بأن يعرفه
بمعانيه لغة وشريعة فيعرف معاني المفردات والمركبات وخواصها في
الافادة . ويكون ذلك اما بالسامقة بأن ينشأ نشأة عربية بين فصحاء
العرب ويتذوق لغتهم ويكون كاحدم ، واما بمعرفة اللغة والصرف
والنحو والبيان والمعاني بطريق التعلم والممارسة ، ويعرف العام والخاص
والمشترك والمجمل والمفسر وغير ذلك مما أسلفنا بيانه في هذا المختصر
ويعرف الناسخ والمنسوخ

ولا يشترط معرفته لكل ما جاء في القرآن ولا أن يحفظ القرآن

عن ظهر قلب، بل يكفي أن يعرف الآيات التي وردت فيها الأحكام الشرعية وأن يكون عالماً بمواقعها بحيث يكون متمكناً من الرجوع إليها عند طلب الحكم الشرعي منها .

(والشرط الثاني) أن يكون عالماً بالسنة النبوية قدر ما يتعلق بالأحكام بأن يعرفها بمتنها وهو نفس الحديث وسندها وهو طريق وصولها إلينا من نواتر أو شهرة أو آحاد، ومعرفة حال الرواة من الجرح والتعديل . ولكن هذا غير ميسور لنا الآن ولذا يكتفى بتعديل الأئمة الموثوق بهم كالبخاري ومسلم والامام أحمد وغيرهم من أئمة السنة العظام رضوان الله عليهم أجمعين . ويقال في معرفة متن السنة مثل ما قيل في معرفة آي الكتاب العزيز ، مما أسلفنا بيانه آنفاً

هذا وليعلم أنه بين أيدينا الآن كنوز ثمينة من المصنفات القيمة في التفسير وموسوعات السنة وشروح الحديث مما لم يكن ميسوراً وجوده كله مجموهاً عند سلفنا الصالح الذين كان يرحل أحدهم إلى البلاد النائية لطلب الحديث الواحد أو الحديثين . كذلك وضعت معاجم قيمة لغريب الكتاب ولغريب السنة ، وكتب جمعت آيات الأحكام ، وأخرى لأحاديث الأحكام مع تفسير وشرح باختصار تارة وبالتطويل أخرى . حتى أنه ليستطيع أن يجاس أحدنا الآن على مكتبه وأمامه من كل ما أسلفنا نسخ متعددة من كل نوع منها . وبالجملة فالاجتهاد ميسور الآن لتكامل عدته تكاملاً أكثر مما كان عايمه الحال من قبل لمن شمله الله تعالى بهدايته وتوفيقه فجعل عمله خالصاً لله ومحضه للنفع العام (الشرط الثالث) معرفة وجوه القياس وما يقبل منه وما لا يقبل

وفي كتب الأصول التي بين أيدينا ما فيه الكفاية لذلك
فإذا توافرت هذه الشروط في شخص وإياه الله الفهم الصحيح
لمصوص كتابه وسنة رسوله وإعانه بتوفيقه كن أهلاً لأن يستنبط
الأحكام الشرعية بجتهاده . إذ الاجتهاد نتيجة طبيعية لمعرفة وفهم
ما تقدم على ما بينا .

ومن هنا نرى أن القائمين بانقطاع الاجتهاد ليسوا على صواب
مما قالوا ولا يتسع المقام هنا للاسترسال في الكلام في هذا الموضوع
الدقيق وهنا مسألتان نختم بهما باب الاجتهاد .

(أولاً) أن الاجتهاد قد يتجزأ في رأى بعض العلماء فقد يتفرغ
فقيه لمعرفة أحكام باب من أبواب الفقه كوقوف ، أو الوارث ، أو
مسائل لزواج والطلاق ويتقنه ويفتي كل من يسأله عن مسألة فيه
لا حاطة بكل مسألة . ونظير هذا من يتفرغ لدراسة القانون المدني ،
أو الجنائي ، أو المرافعات (مثلاً) فهذا مجتهد جزئي . ولكن الحق أن
مثل هذا ليس مجتهداً بالمعنى الذي أسلفنا لأن من توافرت فيه الشروط
المتقدمة ثابت له ملكة الاستنباط في كل أبواب الشريعة ، وأبواب
الفقه متعلق بعضها ببعض وإن كن بحال عدم الاتصال بين بعضها وبعض
كالعبادات والبيوع (مثلاً) بل العلوم كلها في الحقيقة مرتبط بعضها
ببعض . وعلى هذا فالذي يتقن مسائل الميراث ويجهل مسائل الكفالة
والحوالة لا يقال له أنه مجتهد جزئي في الميراث لأنه لو كان له ملكة
الاجتهاد لأمكنه أن يستخرج بها أحكام مسائل الكفالة والحوالة ،
فهو في الحقيقة محصل لأحكام الميراث وعارف بأصوله وأدلتها فقط ،

وليس هذا هو المراد بالاجتهاد . إذ الاجتهاد في الحقيقة هو تلك الصفة الراسخة في الانسان التي يستطيع بها فهم كل ما جاء عن الشارع واستنباط الحكم منه باجتهاده ، ومن البديهي أن هذا المعنى لا يتجزأ . على أنه يكفي لثبوت كون الانسان مجتهدا أن يستطيع الرجوع إلى النصوص من الكتاب والسنة ويعرف مظان ما يريد ويقدر على البحث عنه واستنباط الحكم منه . ولم يشترط أحد أن يكون حافظا لشيء من ذلك عن ظهر قلب .

(ثانيهما) أن الله تعالى في كل حادثة معينة حكما معيناً قد نصب عليه الدليل، فمن أصابه من المجتهدين كان له أجران أحدهما على اجتهاده وثانيهما من فضل الله عليه ونعمته لكونه أصاب ما هو الحق عند الله . ومن أخطأه بعد أن بذل في طلب الحق كل ما في وسعه كان له أجر على حسب اجتهاده .

وكل مجتهد يلزمه أن يعمل بما أداه اليه اجتهاده لأنه هو الحق في اعتقاده ، ولا ينبغي أن يخالف الانسان ما اعتقد . فإن تغير اجتهاده فيما بعد بظهور أدلة أخرى له عمل بما أداه اليه اجتهاده أخيراً ، وهكذا وقد قال بعض الأصوليين ان كل مجتهد مصيب . ويجب حمل كلام هؤلاء على أن المراد أن كل مجتهد لا يكلف إلا ما أداه اليه اجتهاده كما أسلفنا . أما حمله على أنه ليس لله حكم معين في المسائل الاجتهادية بل حكمه هو ما يؤدي كل مجتهد اليه اجتهاده فهذا قول باطل مردود لان الاحكام الشرعية لا تناقض فيها وإنما الخطأ ممن يفتي برأيه اجتهادا وقد صرحوا بذلك في مواضع كثيرة « ان كان صوابا فهو من الله وان كان خطأ فهو مني »

التقليد

هو قبول قول الانسان غيره والعمل بما يقوله له من غير معرفة حجته . وهو جائز في فروع الشريعة العملية كالصلاة وسائر العبادات ومسائل الحلال والحرام للعاجز عن الاجتهاد . ومن المعلوم أن العاصي مكاف بلاحكام الشرعية كغيره ، وتكليفه بطلب الحكم الشرعي من أصوله من الكتاب والسنة قد يتعسر أو يتعذر على السواد الأعظم من الأمة إذ الناس مشغولون بطلب معاشهم من طرق شتى كالزراعة والصناعة والتجارة فلو كفوا جميعا الاجتهاد لنعطلت مصالحهم واختل نظام الاجتماع بل أدى ذلك الى الخراب . نعم ان من نصوص الكتاب والسنة ما هو سهل التداول جدا لكنه لا يكفي ، ولا يقال ان خطابات التكليف عامة موجهة الى كل انسان لأننا نقول ان الناس قسمان منهم من يفهم الخطابات فهما تماما وافيا ، ومنهم من لا يستطيع ذلك الا بطريق الاجمال فقط ، وهذا الفريق الثاني هم الاكثرون عددا من الأمة فعليهم أن يتسألوا العلماء وأن يستفتوهم في أمور دينهم وشرعهم. وهذا هو مافي الإمكان كما يشهد بذلك العيان. واني أرى أن ييسر لعامة الأمة معرفة الضروري من أمور الدين والشرع من أقرب الطرق وأن توضع في ذلك المصنفات السهلة جدا الخالية من ذكر الخلاف ومن الجسدل المقوت ، والمقتصر فيها على ما صبح وثبت من أحكام الدين ، والمتشعبة بالروح الطيبة التي تزي النفس وتطهرها، وغير الموضوعة في القوالب الميكانيكية . وأن تنشر هذه المصنفات ويحمل الوعاظ ما فيها وينشرون في البلاد لتعليم الناس وارشادهم وهدايتهم واصلاح نفوسهم وتقويم

عقولهم وتطهيرهم من أدناس النقائص والذنائب وحملهم على مكارم الأخلاق وتقوى الله في السر والعلانية والاعتماد عليه في كل الأمور مع الأخذ بالأسباب العادية التي ربط الله بها مسبباتها وجعلها علامة عليها ومؤثرة فيها بقدرته سبحانه وتعالى .

وأما المعاملات المتعلقة بالشؤون الدنيوية على اختلاف أنواعها ومراتبها فهذه يتبع فيها ما استقر عليه الأمر من القواعد الأساسية لذلك مع الاحتفاظ كل الاحتفاظ بالنصوص القطعية . وتقوم اللجان العلمية والمجالس التشريعية ببناء الهيكل واختيار ما يصلح للزمان والمكان حتى يكون للناس شرع دنيوي حتى يصبب ثم مترعرع مأخوذ من نصوص الكتاب والسنة الصحيحة عامها وخاصها ومن هدى الرسول الأعظم وأرشاداته وعمل الخلفاء الراشدين والسلف الصالح من الأمة وبهذا يستقيم الحال ويحمد المآل .

واذ قد انتهينا من الكلام في أدلة الشرع الأربعة الكتاب والسنة والاجماع والقياس والأدلة الأخرى ، ومباحث النصوص والاجتهاد والتقليد ، وقد سبق أن تكلمنا على الحاكم والحكم فلنتكلم الآن على ما بقى وهو المحكوم به والمحكوم عليه فأقول مستعينا بالله وحده .

المحكوم به

هو الفعل الذي تعلق به خطاب الشارع . وهو قسمان : ماله وجود حسي فقط وماله وجود حسي ووجود شرعي معا وكل منهما إما أن يكون سببا لحكم شرعي أولا .

والمراد بالوجود الحسي أن يكون الفعل مدركا بالحس كالقتل

أو بالعقل كتصديق القلب والنية . والمراد بالوجود الشرعى أن يعتبر الشارع للموجود الحسى أركاناً وشروطاً يحصل من اجتماعها مجموع مسمى باسم خاص يوجد بوجود تلك الأركان والشروط . في نظر الشارع ويبتنى بانتفائها كالصلاة والبيع ، فالصلاة بغير وضوء والبيع الصادر من غير أهله . وإن كان لكل منهما وجود حسى - ليس لواحد منهما وجود شرعى

والحكم الشرعى يتعلق بكل أولئك . ويتولد مما تقدم أربعة أقسام (الأول) أن يكون للفعل وجود حسى وهو سبب لحكم شرعى كالزنا فإنه حرام ، وسبب لحكم شرعى هو وجوب الحد (الثانى) ماله وجود حسى فقط لكنه ليس سبباً لحكم شرعى كالأكل فإنه تارة مباح وتارة واجب وأخرى حرام لكنه لا يستوجب عقوبة فى الدنيا، ومثله الكذب

(الثالث) ماله وجود شرعى وهو سبب لحكم شرعى كالبيع المستوفى لأركانه وشرائطه فهو مباح وسبب للملك (الرابع) ماله وجود شرعى وليس سبباً لحكم شرعى كالصلاة فإنها واجبة وبها تفرغ الذمة من المطلوب ولكنها لا تجزى إلى حكم دنيوى تقسيم آخر للمحكوم به

وينقسم المحكوم به من جهة أخرى إلى حق خالص لله تعالى ، وإلى حق خالص للعبد وإلى حق مشترك وحق الله فيه غالب وإلى حق مشترك وحق العبد فيه غالب فالأول كالحدود . وسبب حق الله لأنه

يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله لعظم خطره .
 وشمول نفعه . ونظيره في الاصطلاح القانوني « النظام العام » والثاني
 كضمان المتنفقات بالمثل أو بالقيمة فذلك حق خالص لصاحب المال أن
 شاء طالب به وإن شاء عفا عنه . والثالث كحد القذف وعدة الزوجة
 بعد الفرقة فحق الله في هذا غالب فلا يجوز للزوج المفارق التنازل عن العدة
 واسقاطها ولذلك وجبت في النكاح الفاسد بعد الدخول وفي الوطء بشبهة
 لعدم اختلاط الأنساب . وأما حد القذف ففيه مصلحة المقذوف وهي
 دفع العار عنه ، ومصلحة عامة وهي منع الفساد الآتي بسببه وهذا عام
 لا يختص بإنسان دون إنسان . والرابع كالقصاص ففيه حق الله تعالى
 بمنع الفساد من الأرض ، حق للمعتدى عليه لا هدار دمه وانلاف حياته
 ويقوم مقامه في طلب القصاص وليه بعد موته ، وللولى أن يعفو عن
 القصاص أو يصالح القاتل ، وذلك بخلاف القذف فلا تجوز فيه المصالحة
 ولا العفو عنه لغاية حق الله " . وليعلم أنه إذا عفاولى الدم أو صالح
 فنولى الأثر أن يعزر القاتل إذا كانت المصلحة في ذلك . وفي مذهب
 مالك ما يشهد لهذا بل في أصول الشريعة وقواعد التعزير . وعلى هذا
 الأساس بنى النص في قانون الجزاء في المملكة العثمانية . وليراجع شرح
 الاستاذ سليم باز لقانون المحاكمات الجزائية فقد وفي هذه المسألة حتمها
 من الشرح والبيان المفصل

(١) ونظير ذلك التعزيرات الواجبة لحق المعتدى عليه فإذا عفا عن حقه بقي
 حق السلطة أى الحق العام (انظر ما كتبناه في التعزيرات تحت عنوان الاجزاية
 في كتابنا أحكام المرأة في الشريعة الإسلامية)

وتتميمًا للفائدة اذكر هنا أقسام حقوق الله تعالى وهي ثمانية
(١) العبادات المحضة ورأسها الإيمان وهو التصديق بالقلب ،
والإقرار باللسان الدال عليه . وفروعه الصلاة والصوم وسائر العبادات
والجهاد لأعلاء كلمة الله

(٢) عبادات فيها معنى المؤونة وهي صدقة الفطر وإنما كان فيها
معنى المؤونة لأنها تجب على المكاف بسبب غيره كما تجب عليه بسبب
نفسه (تنبيه) اختلف الفقهاء في الزكاة أم هي عبادة محضة كالصلاة والصوم
والحج فلا تجب إلا على البالغ العاقل أم هي حق واجب للفقراء على
الأغنياء فتجب في مال الصبي والمجنون ؟ فذهب إلى الأول أبو حنيفة
وأصحابه وذهب إلى الثاني الجمهور

(٣) مؤونة على الخارج من الزروع والثمار وهي العشر أو نصف
العشر على ما هو مبين في موضعه من كتب الفروع ، وهذه تتكرر
بتكرر الخارج وفي هذه المؤونة معنى العبادة لأنها من قبيل الزكاة
لنعلقتها بالنماء ولذا تصرف مصارف الزكاة

(٤) مؤونة على نفس الأرض الزراعية وهي الخراج ، وأول من
وضعه عمر رضي الله عنه . وهو قسمان . خراج مقاسمة ، وخراج وظيفة
فخراج المقاسمة يؤخذ من نفس المحصول ويتكرر بتكرره ، وخراج
الوظيفة يؤخذ على نفس الأرض المزروعة في كل سنة . وتقديره اجتهدى
موكول إلى ولي الأمر ومصرف الخراج مصالح الدولة

(٥) حق قائم بنفسه وهو خمس غنائم الجهاد والمعدن والكنز وقد

بين كل ذلك في موضعه

- (٦) عقوبات كاملة وعى الحدود كحد الزنا والسرقة والشرب
(٧) عقوبات قاصرة وهى حرمان القاتل من ميراث مقتوله
(٨) حقوق فيها معنى العبادة والعقوبة وعى الكفارات ككفارة
الحنث فى اليمين والافطار عمدا فى رمضان ، أما أن فيها معنى العقوبة
فلا أنها وجبت جزاء على أفعال مخالفة ، وأما أن فيها معنى العبادة فلا أنها
تؤدى بما هو عبادات محضة من عتق أو صيام أو صدقة
فهذه الحقوق الثمانية حقوق خالصة لله تعالى وفى تقريرها نفع
عام شامل .

المحكوم عليه

وهو المكلف الذى تعلق خطاب الله تعالى بفعله ، والتكليف
متوقف على الاهلية . وهالك جملة القول فيها وفى الامور المعترضة عايبها
وهى المسماة بعوارض الاهلية ولاقتصر فى هذا المختصر على اهم العوارض
لكثرته وأهميته أحكامه

الأهلية هى صلاحية . والمراد بأهلية الانسان صلاحيته لتوجه
خطاب الشارع اليه بالتكاليف الشرعية ، من الأوامر والنواهي ، وما
يتصل بذلك ^(١)

أقسام الأهلية : والأهلية تنقسم الى قسمين ، أهلية وجوب ،
وأهلية أداء .

فأهلية الوجوب هى صلاحية الانسان لأن تتقرر فى ذمته

(١) قد استوفيت الكلام فى الأهلية وعوارضها استيفاء تاما فى مقال
المنشور فى السنة الأولى من مجلة القانون والاقتصاد. وقد طبع كتابا على حدة

الواجبات الشرعية ، فلا نبرأ ذمته حتى يؤدي ما عليه من الواجب ، أو يؤديه عنه غيره بطريق النيابة الشرعية ، وكذلك يكون له بمقتضى هذه الذمة الانسانية حقوق قبل غيره يتقاضاها بإياها بنفسه أو بمن ينوب عنه شرعا . والمراد بالذمة الخاصة التي امتاز بها الانسان عن غيره من سائر أنواع الحيوان ، وجعلها الله تعالى مناط التكليف الشرعية ، وهي الامانة التي عناها الله تعالى بقوله في كتابه الكريم « إنا عرضنا الامانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها ، وأشفقن منها ، وحملها الانسان ، إنه كان ظلوما جهولا ^(١) »

فالأمانة هي مناط الخطاب التكليفي بالعقائد ، والعبادات ، والمعاملات . فالعقائد محلها القلب ، ولا عبرة بها الامع الجزم ، ولا يكتفى فيها بالظن المتردد بين الجزم والشك ، ومظهرها يكون على اللسان ، وبالأفعال الدالة عليها ظاهرا ، وأما الباطن فلا يعلمه الا علام الغيوب ومن هذا تفهم أنه لا يمكن تحققها الا بعد وجود العقل ونضوجه ، والافتناع بالبرهان . والمراد من التكليف بالعقائد هو أن يعرف الانسان حقائق الأشياء على ما هي عليه ، وقد تكفل ببيان ذلك علم الكلام ^(٢)

(١) هذا تصوير للأمر الواقع . بطريق التمثيل ، فالأشياء المذكورة على حسب تكوينها الخلقي غير مستعدة لقبول التكليف الشرعية ، ولسان حالها ناطق بذلك . وأما الانسان فقد خلقه الله تعالى مستعدا للقيام بتلك التكليف ، وهو مع ذلك في مجمره لا يطيق الوفاء بها . ويلاحظ هنا أنه عبر بالانسان ، فشمّل نوعيه جميعا ، الذكر والانثى ، فهما سواء في حمل تلك الامانة العظيمة .

(٢) أي علم التوحيد ، والعقائد . وهو يتكلم في الآلهيات ، والنبوات ،

والعبادات هي تلك الأعمال التكليفية التي يؤديها الإنسان بحسبه أو بحاله ، أو بهما معا . وتنظم الصلاة ، والصوم ، والزكاة ، والحج . وغرض الشارع من التكليف بالعبادات هو ابتلاء المكلفين حتى يظهر المطيع والمعاصي ، وذلك لا يكون الا بأن يقوم المكلف بأداء العبادة بنفسه طائعا مختارا ، ليكون له من عمله شاهد له ، أو عليه - قال تعالى « خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا » . وأداء العبادة عن طوع واختيار يترتب عليه ترقية النفس ، وفلاحها ، وإزالة الحجب بين العبد والرب حتى يتحلى بالتقوى . وهي خير ما يتحلى به الإنسان أمام بارئه ، بعد اخلاص الدين كله له

وأما المعاملات فهي تنظم كل ما يتعلق بشؤون الدنيا من التجارات وسائر الأعمال المدنية ، والزواج والطلاق ، والعقوبات ، والأقضية وما يتصل بها من الاجراءات ، والادارات العامة ، والخاصة . فقد نظم الشارع كل هذا بنصوص خاصة ، أو عامة ، وأحكام جزئية أو كلية ، أرشد بها الناس الى المعاملات التي تنفعهم ، وأمرهم بتجنب ما يضرهم من الظلم وأكل أموال الناس بالباطل ، ووضع لرابطة الزوجين نظاما مبنيا على المودة والرحمة ، وقرر ما به يحفظ الأمن بين الناس ، وتأمين به النفوس ، والأموال ، والأعراض ، والعقول ، الى غير ذلك مما كله خير للناس ، وفيه المصلحة كل المصلحة لهم . والرجل والمرأة في أهلية

والسمعيات ، ومن أوسع كتبه في ذلك وأدقها كتاب المواقف ، والمقاصد ، والطوالع ، وقد لخصت رسالة التوحيد الاستاذ الامام الشيخ محمد عبد مرحمه ، الله زبده القول في ذلك.

الوجوب سيان ، لأن كلا منهما إنسان ، وهذا في العقائد لا استثناء فيه لأنه لا تفاروت بين عقل الرجل ، وعقل المرأة ، في كل أدوار الحياة من حيث إدراك الحقائق بالبرهان . وكذلك في العبادات إلا في استثناء المرأة حال تلبسها بالخيش ، والنماس . فإن الشارع لم يوجه إليها الخطاب بالصلاة وهي في عاتين الحالتين ، لأداء ، ولا قضاء ، وذلك ، رحمة بها . ودفعاً للمشقة عنها ، وكذلك لم يوجه إليها الخطاب بصوم رمضان أداء ، حالة تلبسها بخيش أو نفاسها لكنه أمرها بقضاء صوم الأيام التي لم تصمها بعد انقضاء رمضان ، وذلك لأن مشقة قضاء الصوم ليست كمشقة قضاء الصلاة ، إذ الصوم المفروض لا يكون إلا مرة واحدة في كل سنة في شهر رمضان . وأما الصلاة فأنها تتكرر كل يوم وليلة خمس مرات . فكان من الحكم الجلية أن يرفه عنها الشارع فلا يكافها قضاءها . وفي وجوب الحج عليها ، إذا لم يكن معها زوجها ، أو محرم لها ، اختلاف الفقهاء ^(١) . وأما في المعاملات فلا فرق بينهما من حيث الأهلية في شيء أصلاً .

وأهلية الأداء : هي صلاحية الإنسان لأن يؤدي المطلوبات الشرعية بنفسه ، وأن تصح تصرفاته وتترتب عليها آثارها ، وكذلك تصح أفعاله التي كاف بأدائها ، ويؤاخذ بأفعاله التي نهى عنها مؤاخذة بذنبه كالقتل والسرقه الخ . والإنسان (ذكر أو أنثى) بالنسبة لنوعه

(١) إذا كانت المرأة غير متزوجة وليس لها محرم فعلي أحد الأقوال لا يجب عليها الحج ، أي لا يوجه إليها الخطاب الشرعي فلا تشغل ذمتها به . وقيل يجب . لكن لا يجب عليها الأداء ، فلو حجت بدون زوج ولا محرم صح حجها مع الكراهة . وقيل يجب مطلقاً .

الاهلية أربعة أدوار ، ذكرناها مفصلة في مقالنا «الاهلية وعوارضها» ،
وسنذكرها هنا موجزة .

(الدور الأول)

هو دور الانسان وهو جنين ، قبل أن يولد ، والانسان في هذا
الدور له اعتباران ، فهو من وجه يعتبر جزءا من أمه ، حسا وحكما ،
أما حسا فلأنه ينتقل بانتقالها ، ويقر بقرارها كأنه عضو من أعضائها ،
وأما حكما فلأنه يعتق بعتقها ، ويرق برقها ، ويدخل في البيع تبعالبيعها .
وهو من وجه آخر يعتبر مستقلا عنها ، لأنه منفرد بالحياة ، وهو معرض
أن يفصل عنها ، ويصير انسانا قائما بنفسه . فمن أجل هذا لم يجعل له
الشارع ذمة مطلقة صالحة لكل من الوجوب له ، والوجوب عليه ، بل
جعل له ذمة صالحة للوجوب له فقط ، رحمة من الشارع به فأوجب له
من الحقوق الحق في العتق منفردا عن أمه ، والحق في ثبوت نسبه

من أبيه ، ومنه ينتشر النسب إلى جميع أقارب أبيه ، والحق في الميراث
من مورثه ، سواء أكان أباه أم غيره ، والحق في استحقاقه ما أوصى له
به . والحق في استحقاقه من غلة الوقف الذي هو من ضمن مستحقيه ،
لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى فإذا ولد حيا ولو حكما^(١) ثبتت له

(١) بيان ذلك أنه لو ضرب رجل امرأة حبلى في بطنها (مثلا) فأسقطت
جنينا ميتا ، اعتبر هذا الجنين حيا تقديرا ، وأن سبب موته هو تلك الضربة ،
ولذلك وجبت على الجاني الغرة ، وهي جزء من عشرين جزءا من الدية الكاملة
وهي تورث عن الجنين . وكذلك يكون الجنين من ضمن ورثة مورثه الذي
مات قبله ، وهو جنين ، ويعطى نصيب الجنين من الميراث لورثة الجنين ، لا
لورثة مورثه .

كل هذه الحقوق ، وإن ولد ميتا حقيقة وحكما ، لم يثبت له شيء منها ، بل نرد الى مستحقها شرعا . ولما كانت الولاية إنما تبتدىء على الانسان بولادته ، كان الجنين لا ولاية لأحد عليه . وعلى ذلك لا تصح له الهبة ولا الصدقة ^(١) ولا الفراء له ، وغير ذلك مما ينوقف على وجود ولى ، أو يكون فيه ايجاب حق على الجنين لغيره . وبديهي أن أهلية الاداء معدومة في حق الجنين ، إذ لا يتصور توجيه الخطاب اليه بأداء شيء لهجزه الكلى .

(الدور الثاني)

يبتدىء بالولادة وينتهى إلى سن التمييز . ويثبت للانسان في هذا الدور ابتداء من ولادته مباشرة ذمة مطلقة لوجوب الحقوق مطلقا ، له وعليه ، لكن لضعف بنيته ، وقصور عقله عن فهم الخطاب (التكليف الشرعى) ، وهو في أول أدوار حياته بعد ولادته وقبل أن يصير مميزا - اقتضت حكمة الله تعالى ألا يكاف أداء شيء بنفسه ، ولذا سقطت عنه التكاليف البدنية ، كالصلاة والصوم ، سقوطا كليا ، ولا يؤاخذ بأقواله ، ولا يبني عليها حكم أصلا ، لاله ، ولا عليه ، وكذلك لا يؤاخذ بأفعاله مؤاخذه بدنية ، فلا يقتص منه أى قصاص ، ولا يحبس ، ولا يضرب

(١) وذلك لأن كلا من الهبة والصدقة لا يتم الا بالقبض ، والتميز من الجنين لا يتصور ، وكذا من وليه ، لأنه لا ولى له الا بعد ولادته . ونظير ذلك سائر العقود لأنه لا بد فيها من التبول والايجاب ، ولا ولى للجنين يقرم بذلك . وأما الوصية فانها أخت الميراث . لكن الهبة تصح للجنين على مذهب مالك وقد بينت ذلك بيانا تاما في كتابى (الانعام والتبرعات)

إذا جنى أى جناية ، أو فعل ما يوجب إقامة الحد كالسرقة ، وإنما يؤخذ مؤاخذه مالية تعويضا لما أتلفه بفعله ، لأن الدماء والأموال معصومة فى دار الاسلام ، وعذر الصبي لا يكونه صبيا لا يسقط عنه مسؤولية التعويض المالى عملا بهذه القاعدة الفقهية « الأعدار الشرعية لا تنافى عصمة الحبل » ، أى عصمة المال والنفس ، فلا يجوز أن يهدرشى منها ، وإنما تسقط العقوبة البدنية فقط عند قيام العذر المعتبر شرطا ، كالصبا والجنون . وكما لا يكلف بالعبادات لا يكلف أيضا بالإيمان لأنه لا يعقل ما الإيمان . وفى هذا الدور لا تثبت له أهلية الأداء ، بل الذى يؤدى عنه الواجبات المالية هو الولى الشرعى .

وينتهى هذا الدور ببلوغ الصبي أو الصبية سبع سنين (عادة) ، وقد اعتبروا هذه السن مبدأ لسن التمييز لأجل ضبط الأحكام ، مع أن التمييز قد يتقدم هذه السن ، وقد يتأخر عنها ، كما أن الرشد قد يتقدم البلوغ ، وقد يتأخر عنه ، ولكن جعلت الأوصاف المنضبطة المحسوسة كبلوغ السن سبعة ، والبلوغ الطبيعى ، أو بالسن « خمس عشرة سنة » مناطا للأحكام منعا للفوضى القضائية ، واضطراب الأحكام ، وغير ذلك من المضار إذ لم تكن علة الحكم الشرعى منضبطة محسوسة (أنظر صفحة ٩٧-٩٨) (الدور الثالث)

من سن التمييز إلى البلوغ الحسى بالعلامات ، أو بالسن « خمس عشرة سنة » . ويلاحظ أن الصغير فى هذا الدور سواء أكان ذكرا أم أنثى

(١) هذا القول المنتهى به ، وقيل تمانى عشرة سنة ، وهو قول لابنى حنيفة والمعول عليه فى مذهب مالك ، وانظر مجلة الالتزامات النونسية . وسن الرشد

يكون قد ارتقى في جسمه وعقله ، وإن كان لم يصل إلى درجة النضوج والكمال فيهما حتى يبلغ . ولذلك زيد على أهلية الوجوب الثابتة له من قبل أهلية الأداء ، لكن من حيث صحة أدائه ؛ لا من حيث الزامه بالأداء ، فلو آمن أو صلى صحيح كل من إيمانه وصلاته ؛ لكن شيئا منها ليس واجبا عليه أدائه . وهو لا يؤخذ مؤاخذاً بدنية على جنائته ، فحكمه في هذا الدور كحكمه في الدور الذي قبله ، وذلك رحمة بصباه ، وتبقى مؤاخذاته المالية على ما كانت عليه في الدور الثاني . وأما أحكام معاملاته فهي على ثلاثة أقسام .

الأول :

ما يكون ضارا به ضررا محضا ، كأن يهب ماله ، أو يعتق عبده ، أو يطلق زوجته ، ونحو ذلك . وحكم هذا النوع من المعاملات أنه باطل لما فيه من الضرر المحض له .

الثاني :

ما يكون نافعا نفعاً محضاً له ، كقبول الهبة وحكم هذا النوع أنه يصح منه ، وتكفي فيه أهليته القاصرة ، ولا يتوقف على اذولى المال أو إجازته :

الثالث :

ما يكون دائرا بين النفع والضرر كالبيع والإجارة . وحكم هذا

عندنا الآن مقدر باحدى وعشرين سنة شمسية (أنظر كتابنا الأهلية وعوارضها) فقيه كلام وافنى هذا الموضوع . وكذا كتابنا أحكام المرأة فقيه شرح واف بالنسبة للإثني

النوع أنه يصح منه موقوفا على اجازة ، أو أذن ولي المال ، فإن أجازته
إجازة معتبرة بألا يكون في التصرف غبن فاحش بالصغير كان التصرف
نافذا .

وقد استوفيت القول في كل ذلك بما لا مزيد عليه في كتابي
« الأهلية وعوارضها » كما استوفيت غيره ، ولا حاجة الى تفصيل
الكلام هنا لعدم الحاجة اليه في هذا المختصر :
والصبي والعبدية من حيث نوعا الأهلية في هذا الدور ميان ،
لا فرق بينهما في شيء أصلا .
(الدور الرابع) :

يبتدىء هذا الدور كمقات أنفيا بلوغ الانسا زرا شدا . وبذا يكوزله
أهلية كاملة ، ويتوجه إليه الخطاب بجميع التكليف الشرعية من الايمان
والعبادات وغيرها ، وتصح التزاماته الشرعية كلها ، لا فرق في ذلك
بين الذكر والأنثى إلا فيما يتعلق بالصلاة والصوم بالنسبة للحائض والنفساء
وكد الحرج على ما أسلفنا . وأما المعاملات وكل ما عدا العبادات فلا
فرق في الأحكام بينهما ، ولا في المؤاخذات ، ولا في توقيع العقوبات
المالية والبدنية إلا في بعض مستثنيات لاعتبارات خاصة غير الأهلية
عوارض الأهلية

الأشور المعترضة على الأهلية ، بعضها مؤثر في نفس الأهلية ،
وبعضها يغير الأحكام بدون تأثير في الأهلية ، لاعتبارات أخرى .
فن العوارض التي تزيل أهلية الأداء ، وأهلية الوجوب ، بالكلية ،
الموت ، وذلك لأن الموت يحجز كلي نزول به القدرة فلا تبقى معه أهلية

أداء حتما ، وكذلك أهلية الوجوب ، ومع ذلك فقد اعتبر الفقهاء بقاء
الذمة بقاء حكما بعد الموت حتى يوفى ما على الميت . ويستوفى ماله من
الحقوق على غيره ، فيقضى عليه أوله بعد موته في مواجهة من يقوم
مقامه شرعا بعد الموت . ومما تزول به أهلية الأداء فقط النوم ، لكن
أهلية الوجوب باقية ، فالإنسان يتألب بعد يقظته بقضاء ما يعجز عن
أدائه وقت نومه . والجنون تزول به أهلية الأداء ، أما أهلية الوجوب
المالية فهي باقية ، وينوب ولي المجنون عنه في أموره المالية . والمجنون
مسؤول عن أفعاله من الناحية المالية فقط ، كاتلافه مال غيره ، أو نفسه ،
أو بعض أعضائه ، « لأن الأموال والدماء معصومة فهي مضمونة
حتما بالاتلاف » ، لكن العقوبات البدنية ساقطة عنه لعدم قصده ، وكذا
التكاليف الشرعية من عقائد وعبادات لعدم نيته . وأما العوارض
التي لا تأثير لها في الأهلية أصلا بنوعيتها ، بل تتغير معها بعض الأحكام
لا اعتبارات خاصة فمن أشهرها السفه ، ومرض الموت ، وكون
الإنسان مكرها على ما يفعله أو يقوله . وقد فصلت الكلام في كل
العوارض بلامزيد عليه في كتابي الأهلية وعوارضها . وحكم المرأة
كحكم الرجل من حيث عوارض الأهلية ، لا فرق بينهما في شيء من
ذلك أصلا .

وهناك بيان أهم العوارض وأحكامها
الجنون والعتة

قد يولد الإنسان مجردا من العقل بالكلية كالذي يولد أعمه فاقدا
حاسة البصر ، وقد يولد ومعه عقله ، لكن يعترضه ما يقف العقل عن

سيره من أول أدوار حياته ، أو بعد ذلك بقليل أو كثير من الزمن وقد يولد سليم العقل ، ويسير عقله جسمه في نموه حتى يبلغ رشيدا ، ثم يواف عقله بمرض يذهب به كله أو بعضه ، أو يذهب به في بعض الأزمنة دون بعض ^(١) ، فأى شيء نسمي هاتين الحالتين؟ جاء في الكتب

(١) جاء في كتاب مقياس الذكاء للدكتور الفاضل حسن عمر : أن ضعف العقل هو وقوف نمو المخ عند حد معين يختلف باختلاف الأشخاص ، فهو ليس بمرض ينتاب المخ كالجنون إذ المجنون شخص اعتراه مرض أثر في مخه فتغير هذا الشخص عن حالته الطبيعية ، وحصل له اضطراب ، في قواه العقلية كلها أو بعضها . أما ضعف العقل فهو ذلك الشخص الذي نما مخه ، نموا طبيعيا إلى حد ما ، ثم وقف عند هذا الحد ، ووقف هذا النمو يعترى الطفل في حياته الأولى إلى أن يبلغ الثانية عشرة . هذا إذا كان ضعف العقل ناشئا عن حالة وراثية ، ورثها الولد عن والده ، فإذا وصل ولد إلى الثانية عشرة من عمره ولم يقف نمو عقله استمر ينمو مالم يعترضه عارض خارجي يؤثر في نمو عقله ، فضعيفو العقول ينقسمون إلى طبقات ثلاث : (١) ضعيفو العقول من المرتبة الدنيا ، وهم الأفراد الذين ليس في مقدورهم أن يعملوا عملا ، فهم والطفل الذي بلغ الثانية من عمره سواء ، (٢) ضعيفو العقل من المرتبة الوسطى ، وهم الأفراد الذين يستطيعون أن يتعاملوا قليلا ، وأن يعملوا ما يكفونه من أعمال تعلوها وأرشدوا إليها ، أو ربوا عليها من غير أن يتصرفوا في عملهم أدنى تصرف وادراكهم كادراك طفل تتراوح سنه بين الثالثة والسابعة ، (٣) ضعيفو العقل من المرتبة العليا ، وهم الأفراد الذين يقوون على أن يتعلموا التعاليم الابتدائية ويتصرفون تصرفا قليلا فيما يروكل إليهم من الأعمال ، وادراكهم يعادل ادراك صبي تتراوح سنه بين الثامنة والثانية عشرة اه . أقول ان الانسان في هذه

الفقهية لفظان لذلك ، هما الجنون والعتة ، لكن لم يبينوا للناس أيهما حقيقة واحدة تحتها نوعان : أم هما حقيقتان متغايرتان ؛ فقد اختلفت عباراتهم في ذلك اختلافا عظيما ، فالظاهر مما قاله علماء الأصول أنهما متغايرتان وكذلك الشأن في كتب الفروع . لكنهم صرحوا في بعض الفروع بأن العتة نوع من الجنون ، وفسروه به في بعض المواضع ، كذلك صرح علماء الأصول بأن حكم المعتوه كحكم العصبي المميز لكن في بعض الفروع ما يدل صراحة على أن من العتة مثلا يدرك صاحبه كالصبي غير المميز ، ومنه ما يكون معه نوع ادراك كالصبي المميز ، وفرق في التبين بين الجنون والعتة بأن الأول يصحبه اضطراب وهيجان ، والثاني يلازمه الهدوء والحقيقة واحدة . وعلى ذلك أقول :

ان فاقده العقل ، أو ناقصه ، أو مختلفه ، سواء أكان هذا الوصف ثابتا له من فجر حياته أم بعد ولادته ، أم كان طارئا عليه بعد بلوغه عاقلا ، ان كانت حالته حالة هدوء فهو المعتوه اصطلاحا ، وان كانت حالته حالة اضطراب فهو المجنون وأن المعتوه قسمان : مميز وغير مميز هذا هو الذي يؤخذ من كلامهم ولولا خوف الإطالة لذكرت كل ما يشهد

الحالات الثلاث يكون معتوها لا مجنونا ، وكذلك اذا مسه ضعف في عقله بسبب شيخوخة أو حادث ألم به فأضعف ادراكه وأثر في مخه ، وأما المجنون فهو من يصاحب عدم ادراكه الكلى أو الجزئى اضطراب ، على ما اختاره في التبيين . وعلى ذلك يكون المعتوه نوعين ، معتوه غير مميز ، ومعتوه مميز ، وأنه في حال عدم التمييز يباحق بالمجنون في كل أحكامه ، وفي حالة التمييز يلحق بالصبي المميز ، وهذا هو الموافق للفروع الفقهية الكثيرة غير أنه يلاحظ أن المعتوه اذا أطلق في الكتب الشرعية يراد به غالبا من هو في درجة الصبي المميز

لما أقول « أنظر أصول فخر الإسلام ، وشرحه والتبيين ، والفتاوى الهندية . ورد المختار » وبالجملة فالعته ضعف العقل والجنون اختلاله .

أحكام الجنون :

المجنون أهلية وجوب ، كأهلية الصبي غير المميز تماما ، وأحكامهما واحدة في كل شيء ؛ فكل المطلوبات المالية التي تجب على الصبي غير المميز تجب على المجنون ، والعقوبات البدنية منتفية عنه كلها ، ولا يحرم من الميراث إذا قتل مورثه ، ولا تلزمه تبعة بفعل غيره ، وجميع تصرفاته القولية باطلة بطلانا كليا فلا تصح له عبارة أصلا . ولا يبنى عليها أى حكم من الأحكام . غير أنه إذا أسلمت زوجته فإن الإسلام يعرض على أحد أبويه ، ولا تنتظر إفاقته ، بخلاف الصبي غير المميز وقالوا فى الفرق بينهم ، أن بلوغ الصبي سن التمييزات لا محالة ، إذ له وقت معلوم ، وأما إفاقة المجنون فليس لها وقت معلوم ، وربما لا تكون ؛ فلامعنى للانتظار .

وقد يكون الجنون متقطعا غير مستوعب لكل الأوقات ، فيصيب الشخص فى بعض الأحيان ، أو فى بعض الأحوال دون بعض فأحكامه فى حالة جنونه هى الأحكام المتقدمة ، وأما فى حالة إفاقته وزوال الجنون عنه بالكلية فإن تصرفاته تكون نافذة لأنه عاقل بالغ ، وإن لم تكن إفاقته تامة ، بل كان يعقل بعض الأشياء دون بعض فتصرفاته فى حكم تصرفات المعتوه . هذا وقد جاء التعبير فى بعض معتبرات كتب المذهب « بالمجنون المغلوب » فقليل فى تفسيره أنه هو الذى لا يفيق أصلا ، سواء أكان جنونه كليا أم جزئيا ويقابله من يجن تارة ويفيق أخرى . وقيل هو الذى لا يعقل أصلا ، أى من كان جنونه كليا ، ويقابله

من يعقل بعض الأشياء دون بعض . وقد يقال لجنونه انه مطبق ، إما باعتبار استيعابه كل الأوقات ، وإما لكونه جنونا كليا لا يعقل صاحبه شيئا . هذه هي الخلاصة نقية صافية . وانظر التبيين وحاشيته والهداية وشروحها ورد المختار

أحكام العته

إن كان المعتوه في ادراكه كالصبي المميز ؛ فحكمه حكم الصبي المميز ، وإن كان دون ذلك فأحكامه أحكام الصبي غير المميز ، على التفصيل المتقدم .

قال في الفتاوى الهندية : المعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يهبر ماؤونا باذن الأب والوصى والجد دون غيرهم ، وحكمه حكم الصبي ، كذا في خزائن المفتين . وإن كان المعتوه لا يعقل البيع والشراء فاذن له أبوه أو وصيه في التجارة لا يمسح ، كذا في المبسوط اهـ .

وإذا أسلمت زوجة المعتوه فإن كان مميزا عرض عليه هو الاسلام ، كما يعرض على الصبي المميز ، وإن كان غير مميز عرض الاسلام على أبيه ، كما يعرض على أبي المجنون ، وهذا لأن العته كالجنون لا حد له بخلاف الصغر ؛ وقد نص على ذلك في شرح أصول نثر الاسلام ، وقال بعد ذلك : ان العته يشابه الجنون وقال قبل هذا بصفحة ان العته نوع من الجنون .

أقول : وبالجمل لا ينبغي أن يبت في أمر ضعيف العقل ومختلفه حتى يمتحن ويتجرى أمره ، ثم يطبق عليه من الأحكام ما يليق به على البيان المتقدم ، وهذا هو القول الفصل في هذه المسألة .

المرض

يراد بالمرض الذي هو من عوارض الأهلية مرض الموت الذي اجتمع فيه وصفان ، أولها أن يغلب فيه الهلاك عادة ، ويرجع في هذا الى الاحكامات

الطبية ، وإلى الأطباء في طبيعة الأمراض . ثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة ، سواء أكان الموت بسببه أم كان بسبب آخر خارجي ، كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم أو أى سبب آخر أفضى إلى الموت . وهو لا ينافي أهلية ثبوت الحكم ووجوبه على الإطلاق ، سواء أكان من حقوق الله تعالى كالعقارة والزكاة ، أم من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الزوجة والأولاد وغيرهم ، ولا ينافي أهلية العبارة ، لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنع من استعماله حتى صح زواج المريض وطلاقه وإسلامه وانعقدت تصرفاته كلها وصح منه جميع ما يتعاق بالعبارة .

ولما لم يكن المرض منافيا لنوع الأهلية كان ينبغي أن يجب على المريض كل ما وجب على الصحيح ، وألا يتعلق بما له حق غيره ولا يتقرر الحجر عليه بسبب المرض ، لكن لما كان المرض سبب الموت بواسطة ترادف الآلام ، والموت عجز حسا ومعنى ، كان المرض من أسباب ذلك العجز ، أى موجبا له بزوال القوة زوالا كلياً بعد انقضاء شئنا فشيئاً . لذلك شرعت العبادات البدنية على المريض بقدر طاقته . ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها . كذلك الموت علة شرعية لأن يخاف الميت في ماله غرماؤه والموصى لهم وورثته على الوجه المبين شرعاً ؛ وذلك لأن الموت يبطل أهلية الملك فيخلط الميت في ماله أقرب الناس إليه ، وذمته بعد موته لا تصلح لأن تبقى مشغولة بالدين لعدم إمكان مطالبة ولعجزه عن السعى في طلب المال وأداء الدين بنفسه ، فينتقل ما كان شاغلا لزمته حال الحياة من الديون إلى المال الذي تركه فيستوفى الدائنون حقهم منه . فلذلك تعلق حق الغريم والوارث بمال المريض في الحال ، لأن ذلك المرض سبب الموت ، والموت علة تلك الخلافة . فيستند الحكم وهو ذلك التعلق إلى أول السبب وهو المرض . وينتج من ذلك وجوب الحجر على المريض بقدر ما يقع به صيانة حق الوارث والغريم ، وهو متدار التلحين بالنسبة للوارث فيما بقي

من التركة بعد اخراج ما يفي منها بما عليها من الديون ، ان كان عليها ديون وكانت الديون غير مستغرقة لها ، وأما الثلث الباقي فقد تصدق به الشارع سبحانه وتعالى على الانسان فيعطيه من يشاء أو يصرفه إلى ما يشاء بعد موته على ما هو مبين في كتاب الوصايا — وكل المال بالنسبة للدائنين سواء ، إذ وفاء الدين مقدم على غيره من الوصايا والميراث وكل مال المدين ضامن للدين .

وفيما عدا هذين الحقين ، حق الدائن وحق الوارث لا تأثير للرض في الحجر فلو كان المريض ناظر وقف يملك الشروط من إدخال وإخراج وإعطاء وحرمان وزيادة ونقصان وتولية وعزل الخ فالمرض لا يسلبه شيئا من ذلك ما دام عقله سليما لم يمسسه ضعف أو خلل ، وكذلك الحكم في كل ماله من ولاية على نفس أو مال . لكن يستثنى من الحجر لحق الغريم والوارث نفقات المريض الضرورية كأتجرة الطبيب وثمان الأدوية والزواج بمهر المثل ، لأنه قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه والنفقة اللازمة له ولمن معه في عياله كل أولئك لا يتناولهم الحجر بسبب الدين .

فإذا شفى المريض من مرضه نفدت جميع تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض ، ولا اعتراض لأحد من الدائنين والورثة على شيء مما صنعه ، وذلك لزوال العلة التي أوجبت الحجر عليه .

أما إذا اتصل الموت بهذا المرض كان حكم تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض على هذا التفصيل .

(١) كل تصرف صدر عنه من التصرفات القابلة للفسخ ، كالهبة والكفالة والبيع مع المحاباة الخ ، يحكم بصحته ونفاذه في الحال متى استوفى التصرف شروطه الشرعية ، لأنها وقت أن صدرت عنه لم يمنع مانع من صحتها ونفاذها فلا مبرر لتوقفها ، حتى إذا مات فحينئذ فقط يكون لمن لحقه الضرر من هذه

التصرفات من دائن ووارث حق ابطاله بقدر ما يسلم له حقه المذكور آنفاً ، كما أن له حق اجازته إذا شاء ، وكل ما قيل مخالفاً لهذا فهو خطأ محض .

(ب) وكل تصرف غير قابل للفسخ كالاتفاق يقع على حق غريمه ، كأن يعتق المريض عبداً من ماله المستغرق بالدين ، أو يقع على حق وارث ، كأن يعتق عبداً تزيد قيمته على ثلث التركة ، فحكم هذا العتق حكم التدبير ، فيكون عبداً في كل أحكامه قبل وفاء سيده ، وبعدها يسعى في كل قيمته بالنسبة للدائن وفيما زاد على الثلث بالنسبة للوارث ، وإذا لم يؤثر اعتاقه في حق غريم أو وارث نفذ العتق في الحال لعدم المانع .

ووقف المريض متى استوفى شروطه نفذ في الحال ، لأن الوقف يجوز نقضه لأسباب متعددة . فهو ليس كالعتق في عدم القابلية للفسخ ، فإذا مات الواقف المريض وتركته مستغرقة بالدين قلل الدائنين بإبطال الوقف واستيفاء ديونهم من ثمنه ، ولهم اجازته لأنهم أصحاب الحق ، فإن كانت التركة غير مستغرقة بالدين وكان الوقف لا يخرج من ثلث الباقي فحق الاجازة والابطال فيما زاد على الثلث للورثة ، حتى يسلم لهم الثلثان من باقى التركة ، وكذلك إن كانت التركة خالية من الديون فلهم ابطال الوقف في الثلثين وليس لهم ابطاله في الثلث ، حتى لو كان الوقف ابتداء على بعض الورثة دون بعض ، وذلك لأنه في المال يكون لغير الورثة حتماً ، ومن أجل هذا لزم في الثلث ؛ بخلاف الوصية للوارث وتفصيل الأحكام مبين في وقف المريض فراجع

وقد جوز الشارع للمريض ، كما جوز للصحيح ، أن يوصى للأجنبي إلى ثلث ماله ، ومنعه من الرصية للوارث — على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء — اكتفاء بما يأخذه من الميراث إلا إذا رضى الورثة الآخرون بعد موت الموصى بذلك إذ الحق لهم من مال التركة ، والمنع كان لأجلهم . وقد رأى أبو حنيفة رحمه الله

أخذنا من هذا أنه لا يجوز للمريض أن يبيع عينا من أعيان ماله لو ارثه ، ما في ذلك من إيثار من باع له على سائر الورثة بتلك العين التي باعه إياها ، وحقهم جميعاً ثابت في نفس أعيان التركة ، بخلاف الدائنين فحقهم متعلق بمالية التركة دون أعيانها ، بدليل أن الرارث اذا شاء أن يؤدي الدين من مال نفسه ويرجع بما أدى على التركة كان له هذا ، وليس للدائن أن يمتنع عن ذلك وقال الصحبان اذا باع لو ارثه بأكثر من القيمة أو بمثلها فلا بأس بهذا ، لأنه ليس في فعله هذا ابطال حق الورثة الآخرين أو غيرهم . والفتوى على قول الامام : ولا يخفى ما في ذلك من الاحتياط .

هذا حكم التصرفات الانشائية للمريض . أما اقراره فان كان لأجنبي فهو صحيح ولو كان بكل ماله ، وان كان لو ارث فانه يتوقف على اجازة باقى الورثة بعد موت المقر ، وعللوا ذلك بأنه متهم في اقراره للوارث دون الأجنبي ، واستدلوا له بما روه عن عمر أو ابنه رضى الله عنهما ، وهو « إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فهو جائز وان أحاط ذلك بماله ، وان أقر لو ارثه فغير جائز إلا أن يرضى به الورثة » (١) وكذلك الحكم عند الامام أحمد ، وقد اقتصرنا على تعليل عدم صحته للوارث بالتهمة . والوارث عند أبي حنيفة وأصحابه هو من قام به سبب من أسباب الارث وقت الاقرار ، ولم يمنع

(١) هذا الأثر على فرض صحته لا يخرج عن كونه قول صحابي . وقد اختلف أئمة الشريعة في حجية قول الصحابي ، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن ذلك القول ان كان مما يدرك بالرأى كالمتبدلات فهو حجة بالاتفاق ، وكذا ما شاع من أقوال بعض الصحابة فسكت سائرهم عند استماعه ولم يعترضه أحد منهم ، فهذا هو المسمى بالاجماع السكوتي وان كان القول بما يدرك بالرأى ويكون للاجتهاد فيه مجال ولم ينقل عنهم خلاف فيه فقل انه حجة أيضا

من ارثه مانع وقت الموت ، فاذا انتفى أحد الأمرين نفذ الاقرار غير موقوف على اجازة الورثة ، كالذى يقربوه مريض بدين لامرأة أجنبية منه ، ثم يتزوجها بعد هذا الاقرار ، ويموت عنها وهي وارثة له ، وكالمريض الذى يقرب دين أو عين لأخيه وليس له ابن ثم يولد له ابن ثم يموت هو فيرثه ابنه ، ففي هاتين الصورتين ينفذ الاقرار لعدم توافر الشرطين جميعاً وقت الوفاة . وأما عند الامام أحمد وأصحابه فالوارث هو من كان وارثاً بحسب الظاهر وقت الاقرار ، سواء كان وارثاً حقيقياً وقت وفاة المقر أم لا ، فاذا أقر الرجل لأخيه ، وكان وارثاً له وقت الاقرار ثم ولد له ابن ثم مات فورثه ابنه دون أخيه فلا ينفذ الاقرار للأخ ، بل يتوقف ، وذلك لأن العبرة عندهم انقياس التهمة وقت الاقرار فقط وعند الشافعى رحمه الله يقبل اقرار المريض بالدين وبالعين للأجنبي والوارث جميعاً كاتقرار الصحيح ويساوى اقراره البينة فى القبول . ولا يفرق الشافعى بين دين صحة ودين مرض خلافاً لأصحابنا ، وذلك لأن الظاهر من حاله أنه محق ولا يقصد حرمان بعض الورثة ، فانه قد انتهى الى حالة يصدق فيها الكذب ويتوب فيها الفاجر . وهل لبقية الورثة تحليف المقر له أن المقر به كان يلزم المقر أن يقر له لكونه ديناً فى ذمته فان نكل حلفوا وبطل الاقرار؟ قولان فى المسألة ، والظاهر رجحان التحليف و انظار الروض و شرحه وحاشيته . . وأما عند مالك رحمه الله فقد قال ابن جزى فى قوانينه : لا يقبل اقرار المريض لمن يتهم بمودته من قريب أو صديق ملاطف ، سواء كان وارثاً أم

وقيل لا يكون حجة ، أما إذا اختلفوا فيه فهو ليس بحجة بالاتفاق . وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بعدم حجية قول الصحابي مطلقاً ، وهو الراجح عند المحققين من علماء الأصول . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى فى صفحة (٢٤) .

غير وارث الا أن يجيزه الورثة ويتبل فيها سرى ذلك . وقد استوفى الكلام في هذه المسألة بما لا مزيد عليه الشيخ الرهوني في حاشيته على عبد الباقي . هذا وقد بقي من أحكام المريض وتصرفاته مسائل جزئية محاطا كتب فروع الفقه فلتراجع هناك .

السفه

هو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة ، لكنه غلب في اصطلاح الفقهاء على تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا وأصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع ، لكن الاسراف حرام ، ولو فيما أصله خير محض كبناء المساجد والمدارس والملاجئ ونحوها ، فلسفه كما يكون في الشر يكون في الخير أيضا . والواجب هو الاعتدال والقصد في كل التصرفات لتلا يؤول الأمر إلى اضرار الانسان بنفسه ثم بغيره . قال تعالى : « والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ، وكان بين ذلك قواما »

والسفه لا ينافي الأهلية بنوعها ، إذ عقل السفيه غير مألوف ، لكنه مغلوب بهواه ، والدليل على ذلك أنه مكلف بالعبادات من صلاة وصوم وحج وزكاة ، ومؤخذ بجناياته بالاجماع ، وكان من مقتضى هذا ألا يمنع ماله عنه ، وألا يحجر عاياه في التصرفات شأن كل مكلف تام الأهلية ؛ لكن جمهور الفقهاء قالوا بالحجر عاياه في التصرفات المالية التي تضره ، وبألا يسلم ماله اليه حتى يؤنس منه الرشد ، وخالفهم أبو حنيفة في بعض ذلك ، وهاك جملة القول في هاتين المسألتين .

تسليم مال السفيه اليه :

إذا بلغ الصبي سفيها منع عنه ماله ، فلا يسلم اليه شيء منه . قال تعالى

«ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما»، أى لا تعطوا المأذنين
والمسرفين أموالهم التي في أيديكم وأنتم قوامون عليها بالحفظ والتصرف فيها
لمصلحتهم^(١). ثم قال «فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم»، أى إن
عرفتم ورأيتم فيهم صلاحا في العقل وحفظا للمال فاعطوهم أموالهم فقال
أبو حنيفة: إن منع المال عن مالك بهذا النص أما حكم غير معقول المعنى
إذ مالك المال انسان حر بالغ عاقل مكاف بكل التكاليف الشرعية ولم يسقط
عنه شيء من الواجبات، فكيف يمنع عنه ماله؟ وأما أن يكون منع ماله عنه
تأديبا له، والانسان في أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه، لقربه من زمان
الصبا، لكن بعد تطاول الزمن به لا بد من أن يستفيد رشدا ما بطريق
التجربة والامتحان، فحسبه حبس ماله عنه حتى تصل سنه إلى خمس وعشرين
سنة، فإذا بلغ هذه السن فلا بد أن يكون حصل له نوع رشد، والشرط
رشد ذكره، فيتحقق بأدنى ما يطلق عليه اسم الرشد، وحيث يجب أن
يسلم ماله إليه، وكفاه عقوبة، ولا مخالفة في ذلك للنص، كما علمت. وقال
أبو يوسف ومحمد لا يعطى السفه ماله حتى يتحقق رشده، ولو بلغت سنه
سبعين أو تسعين سنة، لأنه تعالى علق الإتياء بایناس الرشد فلا يجوز قبله،
ولا يلزم من بلوغ السفه سنا معينة أن يؤنس منه الرشد، بل لا بد من وجود
الرشد حقيقة في أية سن كانت.

وعلى هذا الخلاف فيما إذا بلغ رشدا ثم صار سفيا، فأبو حنيفة لا يرى
منع ماله عنه خلافا لصاحبه

(١) للآية تأويلات أخرى مفصلة في مطولات كتب التفسير
والأصول والفقه.

الحجر على السفية

قال أبو حنيفة لا أحجر على السفية بل أعتبر تصرفاته صحيحة نافذة كغيره من سائر العقلاء ، وذلك لأن النص إنما ورد بمنع ماله عنه لا بالحجر عليه في التصرفات .

قال الصحابان : أى فائدة في منع ماله عنه مع اطلاق التصرف له ، فهو ي تلف بلسانه ما منع من تناوله بيده ، فيهب لمن يشاء ويبيع ويحاي من يشاء وهكذا ، فلا جل تمام النظر يجب الحجر عليه كما يجب منع ماله عنه . قال أبو حنيفة ان السفية إنما ي تلف ماله عادة في التصرفات التي لا تتم الا باثبات اليد على المال كالضيافات والهبات ، فاذا كانت يده مقصورة عن المال فلا يتمكن من تنفيذ هذه التصرفات فحصل المقصود بمنع المال عنه وان كان لا يحجر عليه وأما قياس الحجر على منع المال فهو قياس الاعلى على الادنى ، إذ غاية منع المال عنه ابطال نعمة زائدة ، وهي اليد والحق بالفقراء ، والفقير لا ينافي الاهلية ولا الانسانية ، أما الحجر عليه فهو الغاء عباراته بعدم ترتيب آثارها عليها وفي هذا ابطال ولايته وأهليته والحق بالبهائم ، وتجريده من نعمة أصلية هي من أكبر النعم وأجلها ، وهي البيان الذي امتاز به الانسان عن الحيوان قال تعالى : « خلق الانسان ، علمه البيان » ، فإذن جاز الحاق ضرر يسير به في منع نعمة اليد عنه وهي نعمة زائدة والحق بالفقراء لتوفير النظر عليه — لا يجوز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الاصلية والحق بالبهائم من أجل النظر له

قال الصحابان : اتنا نقول بالحجر على السفية لأجل الذل له وللناس كافة أما النظر له فلا نه لم يخرج بسفه عن كونه أخا لنا وله حق علينا ، والامر

بالمعروف والنهي عن المنكر انما شرعا بطريق النظر للأموال والمنهي حتماله
عائنا ، وأما النظر للناس فلا نضر السفيه يعرّض اليهم ، فان السفيه إذا أفتى
ماله بالسفه والتبذير صار وبالاعلى الناس وعيالا عليهم يستحق النفقة في بيت
المال ، والحجر على الحجر لدفع ضرره عن العامة مشروع بالاجماع ، كما في
المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكاري المفسد . وأيضا نحن أتفقنا جميعا على
الحجر ^{على} الصبي ، والصبي إنما حجر عاياه لتوهم التبذير منه ، والتبذير من السفيه محقق
فيجب الحجر عليه نظرا له

والحاصل أن على قول الصاحبين يحجر على السفيه نظرا له وللناس . وقد
اختار فقهاء المذهب قولهم للفقهاء لاقتضاء المصلحة الأخذ به .

وهما لا يقولان بالحجر على السفيه في كل التصرفات ، بل التصرفات
التي يبطلها الهزل وتقبل الفسخ ، كالبيع والإجارة وجميع التبرعات ، سواء كانت
تبرعا ابتداء وانتهاء أم تبرعا ابتداء فقط فتبرعات السفيه كلها باطلة بطلانا كلياً
ومعاوضاته متوقفة على اجازة القاضي فينقذ مالا ضرر فيه ويبطل ما فيه الضرر
والآن تقوم المجالس الحسينية مقام القاضي ، فهي التي تعين القيم على السفيه
وقد قيدت تصرفاته بالمادتين (٢١ و ٢٢) وجعلته خاضعا لاحكام قانونها
بما فيه النظر للمحجور عليه

وأما التصرفات التي تصح مع الهزل ، كالزواج والطلاق ، فالسفيه غير
محجور عليه فيها ، لكن المهر يجب ألا يزيد على مهر المفل ، بل يلغى الزائد ،
لبطلان التزامه ، لأنه تبرع ، قال في شرح أصول نحر الاسلام : وإنما لم يثبت
الحجر في حق الطلاق والعناق والنكاح ونحوها . لأن المحجور عليه لسبب
السفه في التصرفات كالهزل ، فإنه يخرج كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصد
اللعب به دون ما وضع الكلام له ، لانتقصان في عقله ، فكل تصرف لا يؤثر

فيه الهزل ، كالدكاح والطلاق ، لا يؤثر فيه السفه أيضا ، وكل تصرف يؤثر فيه الهزل ، وهو مما يحتمل الفسخ ، يؤثر فيه السفه اهـ .

غير أنه استثنى وصية السفه في سبل الخير ووقفه على نفسه وأولاده من بعده . قال في التبيين : وإن أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله إن كان له وارث ، وهذا استحسان ، والقياس ألا تجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته . وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره ، وذلك في حياته ، أما بعد موته فلا حاجة به إلى المال ولا ضرر بالوارث ، لأن حتمه في ثلث التركة ؛ وفي هذه الوصية ما فيها من الشراب والذكر الحسن ، فإن كانت الوصية في غير سبل الخير فلا تنفذ اهـ ملخصا . وفي رد المختار إن وقف السفه على نفسه ثم على ولده ثم على جهة بر لا تقطع وقف صحيح لأنه لا ضرر فيه بل فيه صون ماله له .

ولتنظر بقية أحكام تصرفات السفه في كتب الفروع كالتيبين والدُّر

المختار .

وبعد أن اتفق الصاحبان على الحجر على السفه اختلفا ، هل يثبت بنفس السفه ، أو لابد من حكم القاضي ؟ قال محمد بالأول ، لأن السفه نظير الجنون والعته والصغر والرق ، والحجر يثبت بنفس هذه الأشياء من غير حاجة إلى قضاء القاضي فكذلك السفه ، وذلك لأن كل واحد من هذه الأشياء علة للحجر ووجود العلة يستلزم وجود معلولها . وقال أبو يوسف بالثاني فلا يصير السفه محجورا عليه إلا بحجر القاضي ، وذلك لأن الحجر عليه لمعنى النظر له ، وهو متردد بين النفع والضرر ، فكان لابد من قضاء القاضي لأجل الترجيح (يوضحه) أن السفه ليس بشيء محسوس ، وإنما يستدل عليه بآثاره بخلاف الأشياء المقيس عليها ، ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت إلا بقضاء القاضي

رفعا للخلاف . ولو كان الحجر من وقت السفه، لكان فيه إضرار بمن عاملوه قبل أن يتبين لهم حقيقة أمره ، وهذا لا يجوز لما فيه من التغرير بالناس، فكان لابد من حجر القاضى عليه ليعلم الناس بذلك فيكفوا عن معاملته . ولا يرتفع الحجر عنه الا برفع القاضى اياه ، خلافا لمحمد ، فانه قال بارتفاعه بزوال السفه لأن العلة تدور مع معاولها وجودا وعدما . وقول أبى يوسف هو المعمول به، لأنه أضيظ ولما في العمل به من منع الاضرار بالناس وعليه لجميع تصرفاته قبل حجر القاضى صحيحة نافذة ، وبعد الحجر تكون على التفصيل المتقدم من بطلان أو توقف على الاجازة حتى يرتفع الحجر برفع القاضى . وأما محمد فانه يجرى أحكام السفه من ابتداء وجوده حتى يزول ، فاذا زال عادت إلى التصرفات صحتها ونفاذها بدون توقف على فعل قاض . والمجالس الحسية هي التي تقوم الآن بالحجر على السفه ورفع الحجر عنه ، وليس هذا من باب القضاء بالمعنى المصطلح عليه لعدم وجرد الخصومة وطرفيها جميعا ، وانما ذلك في الحقيقة من مسائل الحسبة ، والتعاون على البر والتقوى ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

ولما كان منع الضرر عن الانسان والناس قد اتخذ أساسا للحجر قال الصحابان بالحجر على ذى الغفلة ، وهو الذى لا يهتدى الى التصرفات الراجحة فيغيب في البياعات لسلامة قلبه مع كونه غير مفسد ولا قاصد للفساد كذلك قالوا بالحجر على المدين إذا طلب ذلك غرماؤه . والتفصيل فى كتب الفروع .

الأكراه

معناه فى اللغة حمل الانسان على ما يكرهه . ومعناه فى الشرع فعل يوجب من شخص فيحدث فى شخص آخر معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب

منه . والشخص المدفوع يسمى مكرها (بفتح الراء) وفاعلا ، ولمنع الاشتباه نستعمل هنا لفظي الحامل والفاعل بدل لفظي المكره والمكره كما فعل صدر الشريعة — والا كراه نوعان ، ملجىء ، وغير ملجىء :

فالملجىء يكون بما يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، أى يجعل الفاعل غير راض ولا مستحسن لما يفعله ، ويجعل اختياره غير مستقل ، بل يكون مبذيا على اختيار الحامل . وهذا النوع من الاكراه يكون بالتهديد باتلاف النفس أو عضو من الأعضاء ، أو بضرب يخشى منه على نفسه أو على عضو من أعضائه التلف . وغير الملجىء يكون بما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، بأن يتمكن معه الفاعل من الصبر على ما هدد به عادة ، وذلك بالحبس أو القيد أكثر من يوم أو الضرب الذى يطيقه ولا يتلف شيئا من بدنه ، وكذا الاكراه بحبس الوالدين والأولاد ونحو ذلك مما يحدث غما فى النفس وتفريتا للرضا . ومن المشاهد أن الناس ليسوا سواء فى احتمال الأذى ، بل الشخص الواحد يختلف تأثيره باختلاف أحواله من صحة ومرض وغير ذلك ، فالواجب الرجوع عند اشتباه الأمر فى كون ما حصل من التهديد اكراها أو غير اكراه وكونه ملجئا أو غير ملجىء إلى تقدير الحاكم ، اللهم إلا إذا كان الاكراه باتلاف نفس أو عضو فانه اكراه ملجىء بلا ريب ، ولا عبرة بشنود من شن من بعض الأشخاص فانه خارج عن سنن الطبيعة البشرية .

ولا يكون الاكراه معتبرا الا إذا كان الحامل قادرا على إيقاع ما هدد به ، وأن يغلب على ظن الفاعل أنه يوقع به ذلك ان لم يفعل ، وأن يكون ممتناعا عن فعل ما أكره عليه لولا الاكراه بحيث لو ترك ونفسه لم يفعله . ونقل فى التوير عن منية المفتى أن أمر السلطان اكراه وان لم يتوعده ، وأمر غيره ليس باكراه الا أن يعلم الأمور بدلالة الحال أنه لو لم يمثل أمره يقتله أو يقطع يده (مثلا)

أو يضربه ضرباً يخاف منه على نفسه أو تلف عضوه اهـ . قال في الدر ، وبه
يفتى ، ونقل في الدر عن البزازية أن الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه
قال في الحاشية : يعنى ان قدر على الإيقاع اهـ . وقال في الدر في موضع آخر قلا
عن مجمع الفتاوى : منع امرأته المريضة عن السير الى أبيها الا أن تهبه مهرها
فوهبته بعض المهر فاهبة باعلة لأنها كالمكره . ثم قال في الدر : قلت : ويؤخذ
منه جواب حادثة الفتوى ، وهى زوج بنته البكر من رجل فلما أرادت الزفاف
منعها الأب إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها . فأقرت ، ثم أذن
لها بالزفاف . فلا يصح انفرادها لكونها فى معنى المكره ، وبه أفتى أبو السعود
مفتى الروم اهـ . قال فى الحاشية : وكذلك الرمل وغيره ، ثم قال : وأنت تعلم
أن البيع والشراء والاجارة كالأقراض والهبة ، وإن كل من يقدر على المنع من
الأولياء كالأب ، للعلة الشاملة فليس قيدا ، وكذلك البكارة ليست قيدا كما هو
مشاهد فى ديارنا من أخذ مبرهن كرها عليهن حتى من ابن ابن العم وإن بعد
وإن منعت أضربها أو قتلها .

والاكراه بنوعيه لا ينافى أهلية الوجوب ولا أهلية الاداء ، وذلك لبقاء
الاختيار معه ، وإن كان اختيارا فاسدا فى الاكراه الملجئ . فيتوجه الخطاب
إلى المكره فى هذه الحالة ، بدليل أن من أفعاله ما هو حرام بالاجماع كالقتل
والزنا ، ومنها ما هو فرض كشرب الخمر وأكل الخنزير ، ومنها ما هو مخصص
فيه كاتلاف مال الغير والافطار فى رمضان واجراء كلمة الكفر وقلبه مطمئن
بالإيمان ، فثبت هذه الأحكام دليل توجه الخطاب . ولو سقط الاختيار مع
الاكراه لتعطل الاكراه ، لأن الاكراه فيما لا اختيار فيه لا يتصور . كما لو
أكره الطويل على أن يكون قصيرا ، والقصير على أن يكون طويلا .

وإذا ثبت أن الاختيار باق مع الاكراه ، فإن كان يمكن اعتبار الفاعل

آلة للحامل فيه انتقل الفعل الى الحامل ، كالا كراه على القتل ، وإن كان لا يمكن ذلك اقتصر الفعل على فاعله وترتب عليه حكمه على التفصيل الآتى . وهذا هو قول أصحابنا رحمهم الله .

وقال الشافعى رحمه الله : ان كان الا كراه بحق ، كا كراه المدين على بيع ماله لإيفاء الدين ، فلا تنقطع نسبة الفعل الى فاعله شرعا فيصح بيعه . وان كان بغير حق ، وكان على قول أو فعمل يباح مع الا كراه ، فان أمكن نسبة الفعل الى الحامل نسب اليه ، كالا كراه على اتلاف مال الغير ، فيضمن الحامل ، وان لم يمكن نسبة الفعل إلى الحامل كان لغوا ، فلا يترتب عليه أثره ، وذلك كالا كراه على الطلاق أو البيع أو نحو ذلك . وعلى ذلك بأن صحة القول بقصد المعنى ، وصحة الفعل باختياره ، والا كراه يفسد القصد والاختيار ، وأيضا فى نسبة الحكم إلى الفاعل بلا رضاه الحاق الضرر به ، وهو غير جائز لأنه معصوم يحترم الحقوق ، والعصمة تقتضى أن يرفع عنه الضرر بدون رضاه ، لثلاثت فوات حقوقه بدون اختياره . ثم إذا قطع الحكم عن الفاعل فان أمكن نسبة الفعل الى الحامل ، كالا كراه على اتلاف مال الغير نسب اليه ، وان لم يمكن بطل الفعل ، كالا كراه على الاقرار وسائر الأقوال ا هـ .

وان كان الا كراه على فعل لا يباح شرعا كالقتل فلا يقطع الحكم عن الفاعل فيقتص منه

والحاصل أن الشافعى رحمه الله لم يرتب على الاختيار الفاسد حكم الاقوال وبعض الافعال . وأبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله بنوا عليه بعض الاحكام ، ومنها التصرفات الانشائية التى تصح مع الهزل ، كالطلاق ، قياسا على الهزل ، لان الحكم غير مقصود فى الهزل أصلا ، وأما فى الاكراه فقد يكون مقصودا

ارتكابا لأخف الضررين . والعمل الآن عندنا على عدم وقوع طلاق المكره عملا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولأذكر أحكام الاكراه بالتفصيل على مذهب أصحابنا فأقول :
تقدم أن الاكراه إما ملجئ . وإما غير ملجئ . ، والشئ المكره عليه إما قول وإما فعل ، والقول إما خبر أو إنشاء ، والإنشاء إما أن يقبل الفسخ وبطلاله الهزل أولا ، والفعل إما أن يباح ويجل مع الاكراه أو يحرم أو يرخص فيه .

فإن كان الاكراه على قول هو اقرار كان اقرارا باطلا لا يؤخذ به المقر ، وذلك لأن الاقرار جعل حجة حالة الاختيار ترجيحاً لجانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لوجود القرينة الدالة على أن المقر يريد دفع الضرر عن نفسه . ويستوى في ذلك الاكراه الملجئ ، وغير الملجئ .

وإن كان على قول انشائي من التصرفات التي تقبل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع والاجارة . كان التصرف فاسداً ، سواء أكان الاكراه ملجئاً أم غير ملجئ ، وذلك لفقدان الرضا وهو شرط لصحة هذه التصرفات .

وإن كان التصرف مما يصح مع الهزل ولا يقبل الفسخ ، كالطلاق والزواج فالتصرف صحيح يترتب عليه أثره كما تقدم .

وإن كان الاكراه على فعل فتحت هذا ثلاثة أقسام ، وكلها لا يؤثر فيه إلا الاكراه الملجئ ، وأما غير الملجئ فلا تأثير له فيها :

(القسم الأول) ما يحل فيه شرعاً اقدام الفاعل على ما أكره عليه ، بل يفترض عليه ذلك . كالاكراه على شرب الخمر ، وأكل الميتة ، وأكل لحم الخنزير

حتى إذا امتنع عن تناول ما أكره على تناوله منها وصبر حتى قتل أو أتلف كان آثماً ، وذلك لأن هذه الأشياء مباحة في حالة الاضطرار ، واهلاك النفس أو اتلاف العضو بالامتناع عن المباح حرام . قال تعالى « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه . ان الله غفور رحيم » وقد تكرر هذا في عدة آيات من الكتاب العزيز استثنى في كل واحدة منها حالة الضرورة ، والمستثنى يكون أبداً على خلاف حكم المستثنى منه لا محالة ، فيحل المستثنى ، ولم يفصل بين أن تكون الضرورة بسبب المخمصة أو الاكراه (فتناول النص باطلاقه النوعين جميعاً) .

(القسم الثانى) ما يرخس فيه شرعاً الاقدام على مباشرة ما أكره عليه ، لكن الأخذ فيه بالعزيمة أفضل ، وهو فعل كل ما به استخفاف بالدين وارتداد عنه ، سواء أكان بعمل اللسان أم بغيره من سائر الجوارح ، فقد رخص الله تعالى فيه مع طمأنينة القلب بالايان رحمة منه بعباده الضعفاء ممن لا عزم لهم ، قال تعالى « الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان » : وقد ابتلى بذلك اثنان من الصحابة وهما عمار بن ياسر وخبيب بن عدى رضى الله عنهما . فأما عمار فقد أطاع وقابه مطمئن بالايمان ، وقد أقره النبي ﷺ على ما فعل . وأما خبيب فإنه صبر حتى صلب بعد أن أظهر من قوة العزيمة ما فت في عضد المشركين وأكبر من نفوس أصحاب محمد ، وأوهى من نفوس أعداء الاسلام وقد قال فيه النبي ﷺ « خبيب سيد الشهداء » لما أظهره من اعزاز دين الله واغائة المشركين بامتناعه بشمم واباء من انالهم ما طلبوه منه وجاد بنفسه في سبيل الله . ومما قاله في ذلك رضوان الله تعالى ورحمته وبركاته عليه .

ولست أبالي حين أقتل مسلماً على أى جنب كان فى الله مصرعى
وذلك فى ذات الآله وان يشأ يبارك على أوصال شلو ممزع
ومما ألحقوه بهذا القسم الا كراه على البعث بحقوق الله تعالى ، كالا كراه
على افساد صوم رمضان حالة الاقامة ، والا كراه على ترك الصلاة المكتوبة ،
وكذلك الا كراه على اتلاف مال الغير ، فان صبر فى كل ذلك حتى وقع
به المكروه كان مثاباً مأجوراً ، وان فعل رخص له ذلك ، ويكون ضمان المال
المتلف على الحامل ، لأن الفاعل يصلح آله له فى الاتلاف ، فكان الحامل
هو المتلف .

(القسم الثالث) ما لا يباح بحال من الأحرار ، كالا كراه على قتل النفس
المعصومة ، فان فعل كان آثماً بالاجماع ، ويتنص من الحامل فقط على قول
أبي حنيفة ومحمد ، لأن الفاعل يعتبر كآله له فى هذه الحالة . وقال زفر ينتص
من الفاعل وحده لأنه هو المباشر للقتل ولأنه يأثم به . وقال الشافعى يقتص
منهما جميعاً ، أما الحامل فلا لأنه السبب ، وأما الفاعل فلا لأنه المباشر . وقال أبو
يوسف لا يقتص من واحد منهما ، لأن الحامل متسبب غير مباشر ، والفاعل
مدفوع الى القتل حرصاً على حياته ، فتمكنت الشبهة من الجانبين ، والدية تجب
على الحامل لأن الفاعل يعتبر آله له فعذره قائم . وقول أبي حنيفة ومحمد هو
المفتى به .

وحرمة أطراف الانسان كحرمة نفسه ، حتى لو أكره على قطع يد غيره
لا يرخص له فى قطعها كما لا يرخص له فى قتل نفسه ، ولو قطعها يأثم القاطع ،
ويجب القصاص على الحامل كما تقدم .

والزنا لا يرخص فيه مع الا كراه كما لا يرخص فيه فى حالة الاختيار ،
لأن حرمة لا ترتفع بأى حال ، فاذا زنى مكرهاً با كراه ملجئ . كان آثماً

بالاجماع لكن لا يحد حد الزنا على قول الصحابين وقول أبي حنيفة الثاني ،
خلافًا لزفر ولا أبي حنيفة في قوله الاول ، وهذا بالنسبة الى الرجل ، وأما
المرأة فان أكرهت على الزنا فطاوعت سقط عنها الحد مطلقا ، وأما ذلك
الفعل الشنيع الذى هو أقبح وأقذر من الزنا فلا يرخص فيه أصلا .

وانظر بقية أحكام الاكراه فى كتب الفروع .

ومما ينبغى ذكره هنا ما حكاه ابن القيم من أن رجلا تزوج امرأة وأراد
سفرا ، فأخذه أهلها ، فجعلها طالقا إن لم يبعث بنفقتها الى شهر ، فجاء الأجل
ولم يبعث اليها بشيء ، فلما قدم خاصموه الى أمير المؤمنين على كرم الله وجهه ،
فقال اضطهدتموه حتى جعلها طالقا فردها عليه . ومعلوم أنه لم يكن هذا اكراه
بضرب ولا أخذ مال ، وإنما طالبوه بما يجب عليه من نفقتها ، وذلك ليس
بأكراه ، ولكن لما تغتوه باليمين جعله مضطهدا ، لأنه عقد اليمين ليتوصل إلى
قصده من السفر فلم يكن حائقه عن اختيار ، بل هو كالمحمول عليه ، والفرق
بينه وبين المكروه أن المكروه قاصد لدفع الضرر باحتمال ما أكره عليه ، وهذا
قاصد للوصول إلى حقه بالتزام ما طلب منه ، وكلاهما غير راض ولا مؤثر
لما التزمه ، وليس له غرض فيه اهـ . أقول : ولعل هذا هو أشبه شيء بما يسمونه
بالاكراه الأدبي ، أو هو هو .

تنمة

في الأهلية اللازمة لصحة التكاليف الشرعية كلها بالتفصيل من عقائد وعبادات ومعاملات وما يتصل بذلك .

العقائد والعبادات

يشترط لكل منها الأهلية الكاملة غير أن في الزكاة خلافا مبنيًا على أنه هل المقصود منها المال فتجب في مال المجنون والصبي أو المقصود الأداء والفعل من المكلف فلا تجب إلا على تام الأهلية ذهب جمهور الفقهاء إلى الأول وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى الثاني ولعله الراجح انظر صفحة ١١٥ .

المعاملات وما يتصل بها

تنقسم العقود والتصرفات إلى مجموعات يقوم بكل منها عرض ذاتي تتحقق به وحدتها النوعية ، وهالك تلك المجموعات وبيان الأهلية في كل منها .
(١) المعاوضات : وهي إما مبادلة مال بمال ، أو مبادلة مال بمنفعة ، أو مبادلة مال بغير مال ولا منفعة بالمعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء . وتنظم هذه المجموعة ما يأتى : —

البيع والشراء . المقايضة . السلم . الصرف . الاستصناع ^(١) . الصالح عن

(١) البيع هو مبادلة المال بالمال ، فان كان المبيع عينا والبذل المقابل له من الثبوت ونحوها مما يتعلق بالذمة ، فهذا هو البيع المطلق ، وإن كان المبيع من الأشياء التى تتعلق بالذمة وكان مؤجلا والبذل المقابل له حال فهذا هو السلم ، وإن كان بيع عين بعين فهذا هو المقايضة ، وإن كان البيع نقدا بنقد فهذا هو الصرف . والاستصناع هو طلب عمل شيء خاص مادته من الصانع ، ولكل من هذه الأنواع شروط وأحكام يرجع إليها في مظانها .

إقرار^(١) . القسمة . الأيجار والاستجار ، والمؤاجرة . الزواج . الخلع^(٢) .
ويلاحظ في عقود المعاوضات أن فيها التزاما من الجانبين ، ولذلك كان كافيا
لانعقادها أهلية الأداء القاصرة ، فتعقد من الصبي المميز ، والمعتوه الذي في
حكمه ، وأما النفاذ فتشترط له الأهلية الكاملة ، أو الأذن أو الإجازة المعتبران^(٣)
من ولي المال ، وكذلك تنفذ بإجازة الصبي بعد بلوغه ، والمعتوه بعد إفاقته ، وإذا
أبى الولي إجازتها مع تحقق المصلحة لكل من الصغير والمعتوه المميزين في نفاذها
قام القاضي مقامه في ذلك دفعا لظلمه وتعتته ، ولا يعترض على هذا بأن ولاية
كل من الأب والجد وأوصيائهما ولاية خاصة ، ، وولاية القاضي ولاية
عامة ، والولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، فكيف يكون هذا ؟
لا يقال هذا ، لأن القاضي لا يتصرف في هذه المسألة وأشباهاها كعضل الولي
من حيث سلطته الولائية ، بل من حيث سلطته القضائية ، التي يملك بها دفع

(١) الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتنازعين
بتراضيهما ، فإن كان المدعى عليه مقرا بالحق المدعى فهو صلح عن إقرار ، وإن
كان منكرا إياه لكنه يلتزم بدفع شيء للمدعى قطعا للخصومة ، وفداء لليمين
فهو صلح عن إنكاره ، والأول معاوضة من الجانبين ، وقد يتضمن إسقاط
بعض الحق في بعض صورته ، والثاني معاوضة بالنسبة للمدعى ، وفداء لليمين في
نظر المدعى عليه ، فكان ما يؤديه المدعى عليه إلى المدعى في حكم التبرع
بالنسبة له .

(٢) الخلع هو إزالة ملك النكاح بإفظ الخلع أو بما في معناه ، وهو يمين
من جانب الرجل ، ومعاوضة من جانب المرأة .

(٣) بالألا يكون في المعاوضة غبن فاحش بالصغير والمعتوه والا كان العقد

باطلا

الظلم عن المظلومين ، والضرب على أيدي المتعتين^(١) . غير أنه يلاحظ في الصلح عن اقرار أنه لا ينفذ اذا تضمن اسقاط حق للصغير أو المعتوه ، لأن هذا الاسقاط تبرع ، وهو يعتمد الأهلية الكاملة ، وكذا لا ينفذ التزام الصغيرة المعتوهة والسفينة بدل الخلع . لأن كل واحدة منهن ، وان كانت قد ملكت عصمتها بعقد الخلع وخلصت لها نفسها ، فان الفقهاء يعتبرون ما تلتزم به من بدل الخلع لمخالعها تبرعا ، وإن كان معاوضة بحسب الظاهر ، ويقولون ان البضع انما يتقوم حال الدخول لا حال الخروج ، ولذا كن المهر معاوضة محضة بخلاف بدل الخلع فهو بالنسبة لثؤلاء تبرع ، وقد بنوا حكمهم في خلع المريضة على هذا الأساس . وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه وفيه خلاف غيرهم لم

وقالوا أيضاً يجوز لولي الصغيرة الزيادة على ما سمي من المهر ولو بعد العقد ولا يجوز لولي الصغيرة حط شيء من مهرها ، مع أن الكل تبرع ، وقد بحث هذه المسألة بما لا مزيد عليه في كتابي الأحوال الشخصية المطبوع سنة ١٩٢٥ والشفعة : من توابع البيع ، ويشترط لأهلية من يطلبها العقل والبلوغ ، أو الاذن بالخصومة للصبي المميز ، فان كان الشفيع غير أهل للطالب تاب عنه من له الولاية على ماله ، فان لم يطلب الولي الشفعة ، حتى زالت ولايته عن المولى عليه ، سقط حقه في طلبها .

ومما يلحق بالمعاوضات التخارج ، وهو أن يتفق الورثة على اخراج بعضهم من التركة في مقابلة مال يأخذه منها أو من غيرها وقد يكون التخارج بصورة البيع أو الصرف أو المتايضة فيسرى عليه أحكام كل ، وقد يتضمن الاسقاط وإذا يشترط فيمن يسقط حقه أهلية التبرع .

(١) انظر الفتاوى الهندية ، وعصل الولي في كتابنا الأحوال الشخصية

والمسائل التي يطلق فيها القاضي على الزوج .

(ب) التبرعات : وهي إما تبرعات محضة ، وإما تبرعات ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وقد يكون التبرع ضمن عقد معاوضة ، وهو المسمى بالمحاباة . والتبرعات تنظم ما يأتي :

الهبة ^(١) . الصدقة . الوصية . الاعارة . النرض . الكفالة ، الحوالة . المحاباة في عقود المعاوضات . وما يلتحق بها ما يؤديه المدعى عليه إلى المدعى في الصلح عن انكار ، وكذا ما يؤديه المدعى عليه إذا نكل عن اليمين بناء على القول بأن النكول بذل « انظر كتابنا طرق القضاء » . ومنها أيضا الاقرار الذي تدل القرائن على أنه انشاء . وهذه التبرعات كلها ايجابية لأنها تتضمن اعطاء شيء من مال المتبرع لغيره بدون مقابل من مال أو منفعة مقومة بالمال ، ويقابلها التبرعات السلبية ، وهي اسقاط ما للانسان من حق ، وهي المعنونات لها بالاسقاطات وستأتي .

هذا ولما كانت التبرعات تصرفات ضارة بمال المتبرع ابتداء وانتهاء ، أو ابتداء فقط ، اشترط لانعقادها الأهلية الكاملة حتى إذا صدرت عن صغير أو معتوه مميز كانت باطلة بطلانا كلياً ، فلا تلحقها الاجازة بأي حال من الأحوال ولا يملك شيئاً منها الولي أو الوصي « وانظر ما قالوه في بيع الصغير المميز المأذون له بالتجارة بغبن فاحش ، وجواز ذلك على قول أبي حنيفة وتعليقه » وقد ألحقوا بقاصر الأهلية السفه ، فأبطلوا تبرعاته « راجع عارض

(١) اختلاف الفقهاء في الهبة بشرط العوض ، أم هي هبة ابتداء ومعاوضة انتهاء ، أم هي معاوضة ابتداء وانتهاء . ويتفرع على هذا الخلاف أنها على القول الأول تأخذ أحكام الهبة حتى يقبض الموهوب له الشيء الموهوب قبضاً كاملاً فبعد ذلك تجري عليها أحكام المعاوضة وأما على الثاني فتجري عليها أحكام المعاوضة ابتداء وانتهاء . انظر كتابنا التزام التبرعات ففيه الموضوع مستوفى جداً .

السفه . وكذا السكران على قول الامام مالك وبعض الفقهاء . وإذا كان التبرع مضرا بحقوق الغير مع قيام أهلية المتبرع الكاملة فإنه يتوقف على اجازة من له الحق : وعلى هذا فتبرعات المدين المحجور عليه موقوفة على اجازة الدائنين ، وذهب مالك وبعض الفقهاء إلى القول بإطلاق تبرعات المدين مطلقا ، سواء أحجر عليه أم لم يحجر ، وإذا تعارض حق الدائن وحق المتبرع له قبل الحيازة قدم حق الدائن حتما «راجع الهبة وغيرها من التبرعات في كتابنا التزام التبرعات»

وكذا تبرعات المريض مرض الموت ، سواء أكانت قصدا أم ضمنا ، موقوفة على اجازة الدائنين والورثة فيما إذا كان التبرع لو ارث مطلقا ، أما إذا كان التبرع لغير وارث فإنه ينفذ بعد استيفاء شروطه من ثلث الباقي بعد الدين ويتوقف فيما زاد على اجازة الورثة وهم من أهل الاجازة بعد موت المريض . ويقول مالك ان تبرعات الزوجة فيما زاد على الثلث موقوفة على اجازة الزوج أو اذنه ، وجعل الامام الليث بن سعد جميع تبرعاتها مهما قلت موقوفة على رضا زوجها إلا ما كان نافيا حقيرا « انظر نيل الاوطار » . وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوجية ليست من أسباب الحجر ، ولا عوارض الأهلية .

وتبرعات المرتد عن الاسلام موقوفة على قول أبي حنيفة ، فإذا عاد إلى الاسلام نفذت وإلا بطلت . وقال صاحبان بنفاذها . وذهب الجمهور إلى بطلانها «راجع أحكام المرتد» .

ولا يشترط في كل من الموهوب له والمتصدق عليه والمكفول عنه والموصى له والمستعير الأهلية الكاملة ، بل تجوز الهبة لكل من الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه الذي في حكمه ، ويقبل ويقبض عن كل واحد من هؤلاء وليه أو وصيه أو من يكون في كنفه وحجره . وإذا كان الموهوب له صيا

بميزا أو معتوها كذلك جاز لكل منهما أن يقبل الهبة ويقبض بنفسه كما يجوز ذلك لولي كل منهما أو من يكونان في تربيته . كذلك تجوز هبة الدين الذي في ذمة الميت للميت أو لوارثه ، وهذا في المعنى ابراء . وتجوز الهبة للوارث ، ولغير الوارث غير مقدرة بأي مقدار ما دام الواهب غير مريض مرض الموت ، ولم يمنع من الهبة مانع وتجوز كفالة الدين عن الصبي والمعتوه والمجنون ، وأما المكفول له فعلى القول بأن الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده (وهو المختار في المجلة العدلية في المادة ٦٢١) فلا يشترط فيه شيء أصلا ، وأما على القول بأنه لا بد من قبوله (وهو المذكور في المادة ٨٤١ من مرشد الحيران) فانه يشترط فيه الأهلية الكاملة ، أو يكون مأذونا له بالتجارة ، أو ذا أهلية قاصرة مع اجازة وليه الكفالة . وكلا القولين مصحح . والحوالة سواء أكانت مطلقة أم مقيدة ^(١) يشترط لها الأهلية الكاملة في المحال عليه « الملتزم بأداء الدين » . ويشترط في كل من المحيل « المدين » والمحال « الدائن » الأهلية ولو قاصرة لانعقاد الحوالة . ويشترط لنفاذها ما يشترط في عقود المعاوضات كالبيع واخواته .

وأما الوصية فالأصل أن الشرط في الموصى هو الأهلية الكاملة مع عدم الحجر ، لكنهم أجازوا وصية السفیه استحسانا في سبل الخير كما قدمنا ويشترط دوام أهلية الموصى من وقت الوصية إلى وقت وفاته ، فان زالت بجنون أو عته واستمر ذلك ستة أشهر على الأقل بطلت الوصية . وأما بالنسبة

(١) الحوالة المطلقة هي ما التزم فيها المحال عليه أداء الدين من ماله الخاص به ، والحوالة المقيدة ما كان التزام أداء الدين فيها من نفس دين المحيل الذي عليه ، أو عين مالية له تحت يد المحال عليه . انظر كتابنا المعاملات المالية الشرعية .

للموصى له (١) فان الوصية تجوز للعين ولغير المعين ، فان كان الموصى له معينا اشترط وجوده وقت ايجاب الوصية ، وان لم يكن معينا اشترط وجوده وقت موت الموصى وتد حقت ما قالوه في الوصية للحمل ، والوقت الذى يجب أن يكون موجودا فيه لتصح الوصية ، تحقيقا لا مزيد عليه في (كتابي التزام التبرعات وليراجع تكملة الفتح ، ورد المختار .

ولا تجوز الوصية للارث إلا إذا أجازها سائر الورثة ، وهم من أهل التبرع ، على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (وانظر كتابنا التزام التبرعات) كذلك لا تجوز الوصية للقاتل عمدا عدوانا أو خطأ مباشرا ، فلا يحرم من الوصية قاتل الموصى دفاعا عن نفسه ، ولا قاتله تسببا ، وكذلك إذا كان القاتل صبيا أو مجنونا أو معتوها ، وتدر استنصت أقوال الفقهاء في هذه المسألة في كتابي المذكور ، وبالجملة فالوصية كما تجوز لذى الأهلية الكاملة تجوز لمن عداه حتى للجنين ، وتم بعدم الرد ممن له النبول ، كذلك تجوز بالمجهول ، وفي كل سبل الخير والمنافع العامة والأشخاص المعنوية فالأمر فيها واسع النطاق جدا ، إذ الشارع حريص على انفاذها ، لما في ذلك من التقرب الى الله تعالى بفعل الخير ، وتدارك الانسان ما فاته بسبب تقصيره في أداء واجباته حال حياته وصلة الانسان وبره لمن يحبه بعد موته ، ونحو ذلك من الأغراض الصحيحة الجائزة شرعا

وأما الإعارة فتد اكتفوا في كل من المعير والمستعير بأهلية الأداء المقاصرة

(١) فرق الفقهاء بين أوصى له ، وأوصى اليه ، فاستعملوا الأول في تملك شيء من مال الموصى أو منفعه لمن يشاء ، واستعملوا الثاني في إقامة الانسان غيره مقام نفسه بعد موته ، في بعض شؤون تركته أو كلها ، والنظر على أولاده وهذا معنى اصطلاحى فيجب أن يلاحظ عند الاستعمال

وقالوا : إن الاعارة من ثواب التجارة فتجوز من الصبي المأذون له ، لكنهم اختلفوا في اعارة الأب مال ولده الصغير والمعتوه واعارة الوصى مال اليتيم ، فذهب بعض فقهاء المذهب إلى جواز ذلك استحسانا ، وذهب جمهورهم إلى عدم الجواز أخذا بالقياس

وأما القرض فقد اتفقت كلمتهم على أنه يشترط في المقرض الأهلية الكاملة فأقراض الصبي المميز ولو مأذونا له بالتجارة غير صحيح لأنه تبرع بالمال ابتداء ولا يتم إلا باستهلاك المال المقرض ، بخلاف العارية فإنه ينتفع بها مع بقاء عينها ، لذلك تسوّهل فيها ما لم يتساهل في القرض ، لأنه أشد خطرا منها ، ولأن المروءة والعادة قاضيتان بإباحة الاعارة ، وقد يعجز المقرض عن استرداد مثل ما أفرضه ، بعد أن استهلكه المقرض باذن المقرض وأما الاقتراض فهو من حيث انعقاده ونفاذه في حكم عقود المعاوضات

قالوا : والوصى لا يملك اقراض مال اليتيم ، وكذا الأب على أصح الروايتين ، وأجازوا للقاضي اقراض مال اليتيم لمن يضمنه (أنظر جامع الفصولين وأدب الأوصياء)

ومن التبرعات حفظ الودائع مجانا ، فيشترط في المودع عنده ، لوجوب حفظ الوديعة عليه ، الأهلية الكاملة ، أو يكون مأذونا له بالتجارة ، أو مميّزا محجورا عليه يرضى وليه بحفظه الوديعة . وبكفي في المودع أن يكون مميّزا . فلو كان المودع عنده صييا مميّزا محجورا عليه ، ولم يرض وليه بحفظه الوديعة ، فلا يضمنها بتعديه أو تقصيره في حفظها (على القول الراجح) إلا إذا كان المودع أيضا محجورا عليه (أنظر أحكام الصغار وأدب الأوصياء)

هذا - ولما كان الولد في يد حاضنته سواء أكانت أمه أم غير أمه ، كالوديعة

وجب عليها حفظه وصيانته والقيام بتربيته وكل ما يلزم له لزم أن تكون الحاضنة أهلا لذلك ، فاشترطوا فيها البلوغ والعقل والحريّة والأمانة والقدرة على حفظه ، وتفصيل هذه الشروط في باب الحضانة .

ومما يناسب ذكره هنا أنه إذا زوجت امرأة بالغة عاقلة نفسها من صبي مميز أو معتوه بدن إذن ولي زوجها فدخل بها ، ولم يحز وليه العقد ، فلا يجب عليه مهر (على الراجح) لإبطال العقد لعدم الإجازة ، ولا ضمان على الزوج لأن مافعله كان بتسليط المرأة ، وهي أهل لذلك لمسكانتها من العقل والبلوغ ، كذلك لا عقوبة على الزوج باعتباره زانيا لإبطال العقد لأنه ليس أهلا لعقوبة الزنا ، إذ شرط إقامة الحد الأهلية الكاملة من العقل والبلوغ ، أما إذا كانت الزوجة أيضا معتوهة أو صغيرة ، والمسألة بحالها فانه يجب على الزوج المهر ضمانا لما فعله وذلك لأن إذن الزوجة له بالدخول بها غير صحيح لقصور أهليتها (انظر كتابنا الأحوال الشخصية المطول) .

ومما يلتحق بالمعاوضات لكن فيه شائبة التبرعات الرهن ، وذلك لأن المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (على ما ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه ، وفي المسألة خلاف بين الفقهاء) وفيه أيضا معنى الإيداع بالنسبة لجزء الرهن الزائد على ما يقابل قيمة الدين من العين المرهونة ، لكنهم اكتفوا بأن يكون كل من الراهن والمرتهن مميزا ، فلم يشترطوا في أحدهما لأجل اعتماد الرهن الأهمية الكاملة ، وعلى ذلك يجوز رهن الصبي المأذون له بالتجارة وارتثانه باعتبار أن الرهن من توابع التجارة ، وأما الصبي المميز المحجور عليه فينعقد كل من رهنه وارتثانه موقوفا على إجازة ولي المال .

وأما المحاباة التي تكون ضمن عقود المعاوضات فانه يشترط لصحتها الأهلية الكاملة وإلا كانت باطلة ، ولم يستثن من ذلك إلا محاباة المأذون له بالتجارة على

قول أبي حنيفة وحده . ولا تنس أن محاباة المريض تام الأهلية متوقف
نفاذها بعد تمامها على اجازة الدائنين والورثة بشروطها المبينة في تصرفات
المريض ، بل قد تبطل محاباته في حق الدائنين بالغبن اليسير مهما كان
قليلا جدا .

ومما يلتحق بالتبرعات الصلح عن إنكار بالنسبة للمدعى عليه . فإذا ادعى
شخص على آخر دعوى ولم يكن للمدعى حجة يثبت بها دعواه أمام القضاء
لكنه طلب يمين المدعى عليه فعرض عليه المدعى عليه مقدارا من المال يفتدى
به يمينه ويقطع به الخصومة والمنازعة تجاز ذلك . ويسمى هذا الصنع صلحا عن
إنكار . ولما كان شرط أهلية أداء اليمين العقل والبلوغ لم يصح هذا الصلح والفداء
إلا من ذى الأهلية الكاملة ، وأما الصبي المأذون له فلا يصح صلحه إذا كان
منكرا لدعوى المدعى ، وليس للمدعى بينة ، وإن صحت يمينه فيما هو من
شئون التجارة . وبالجمله فإن صلح الصبي لا يصح إلا إذا خلا من الضرر البين بماله ،
وولي له لا يملك صلحا مضرا به ، وكالصبي المعتوه في كل ذلك .

وقد يساق الكلام بحسب الظاهر بصورة الاخبار لكنه في الحقيقة يكون
انشاء تملك مبتدأ فان قامت القرائن على ذلك نظر الى جانب المعنى لا الى جانب
الصورة ، وإذا يجب أن يعتبر القول انشاء تبرع وتجري عليه أحكام التبرعات .
وقد مال لهذا بعض علماء المذهب ، وأبقى بعضهم الكلام على ظاهره ، فاعتبره
اقرارا وأجرى عليه أحكام الاقرار ، سواء أكان في حال الصحة أم في مرض
الموت ، ولم يعأ بهذه الملاحظة الجيدة وذلك النظر الحسن ، لكن المجلة العدلية
في مادتها ١٦٠١ أخذت بالقول الاول ، وانظر تكملة رد المحتار ، وتنقيح
الفتاوى الحامدية .

(ج) الاسقاطات : وهي تنقسم إلى قسمين ، اسقاطات فيها معنى التبرع

بالمال ، واسقاطات ليس فيها ذلك المعنى .
فالأولى تشمل الإبراء من الدين ، سواء أكان إبراء عاما أم خاصا ، كليا أو جزئيا ، والوقف . والثانية تشمل الطلاق والاعتاق وسائر الحقوق التي ليس فيها تملك شيء من مال المسقط للمستقط له . ولإسقاط الحرق بعد وجوبها أو قبل وجوبها ، وما يقبل منها ذلك ، وما لا يقبله . وجواز أخذ العوض مقابل الإسقاط ، وعدم جواز ذلك وآراء الفقهاء في كل ذلك — بحث واسع النطاق محله المطولات .

ويشترط في الإسقاط بنوعيه الأهلية الكاملة كالتبرعات تماما ، وذلك لأنه أنلاف للمال ، وتفويت للملك أو الحق من غير عوض مالي .
ويتم الإبراء بالإيجاب وحده ، لما فيه من معنى الإسقاط ، لكنه يرتد بالرد ، لما فيه من معنى التملك ، واختلاف في الرد هل يشترط في المجلس فلا يجوز بعده أولا يشترط فيجوز ؟ والقولان مصححان .

وأما الوقف فعلى قول أبي حنيفة حكمه حكم العارية ، إلا ما استثنى لاعتبارات أخرى محل بيانها في مواضعها ، وعلى قول محمد حكمه حكم الصدقة المنجزة فلا يتم إلا بالقبض كالهبة تماما ، والذي يقبض هو ناظر الوقف ، وبه أفتى كثير من المشايخ ، وعلى قول أبي يوسف حكمه حكم العتق فيتم بالإيجاب وحده ، وهذا هو القول الراجح المعمول به ، لكن الوقف أصبح غير لازم عندنا قضاء إلا بعد استيفاء الاجراءات التي بينها قانون المحاكم الشرعية .

وعلى كل من هذه الأقوال الثلاثة يشترط في الواقف الأهلية الكاملة .
لكنهم أجازوا وقف السفينة على ما بيناه فيما مضى . والواقع أن السفينة ذو أهلية تامة لكن حجر عليه على قول جمهور الفقهاء منعا لضرره ، فاستثناء وصيته ووقفه استثناء وجيه لا تأباه علة الحجر عليه . ووقف المريض حكمه حكم سائر

تبرعاته ، وفيه تفصيلات يرجع إليها في أحكام الوقف . كذلك المحجور عليه لأجل الدين يكون وقفه موقوفا على اجازة الدائنين ، وليس يبطل لقيام أهليته الكاملة . وكذلك وقف الزوجة مالها كله أو بعضه فان فيه الخلاف المتقدم في الهبة وكذلك المرتد فان وقفه موقوف على عرده إلى الاسلام ، أما اذا وقف وهو مسلم ثم ارتد عن اسلامه فان وقفه يبطل لأن الوقف من أعمال الخير التي يتقرب بها إلى الله ، وبالردة قد حبط كل عمل خيري له . وفي هذه المسألة بحث .

وأما المدین غیر المحجور عليه ، فعلى مانص عليه في المذهب وبمقتضى قواعده يكون وقفه صحيحا نافذا لازما ولا تأثير لكونه مدينا في ذلك ، إذ الدين متعلق بذمته مادام صحيحا غير مريض ، لكن نقلوا عن المفتي أبي السعود أن وقفه ضامن لما عليه من الديون إن لم يكن له مال آخر يفي بديونه التي كانت شاغلة لذمته وقت الوقف ، وهذا موافق لمذهب مالك في التبرعات كلها على ما قدمنا . وقد نصت المادة (٥٣) مدني على أنه لا يجوز لأحد أن يقف ماله اضرارا بدائنيه ، فان فعل كان وقفه لاغيا .

بقي ما لو وقف وهو غير مدین ، لكنه أصبح مدينا بعد ذلك . وفي هذه الحالة لا يبطل وقفه على مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ولا على ما جاء في القانون المدني ، لأن مفهوم المادة يقضى بهذا ما لم يوجد منطوق يعارضه . وأما على مذهب مالك فان حكم الدين اللاحق للتبرع كحكم الدين السابق عليه إذا كان قبل الحيابة ، أما بعد الحيابة فلا تأثير للدين الطارئ في التبرع (راجع كتابنا التزام التبرعات) .

هذا — وقد نقل في الفتاوى الهندية عن بعض الكبار من فقهاء المذهب أن وقف الصبي يصح إذا أذن له القاضي . وهذا القول من الغرابة بمكان تنبو عنه قواعد المذهب ، وتأباه كل الإباء ، ثم ما حدود سلطة القاضي في مثل هذا

وأية طريق يسلك ، وهذا القول لم يعرج عليه أحد ، بل ردوه على قائله .
ويشترط في الزوج المطلق لوقوع طلاقه أن يكون بالغاً عاقلاً ، وزيد على ذلك في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ألا يكون مكرهاً ولا سكران . وفي هذين اختلاف الفقهاء . ولا يجوز للولي أن يطلق عن الزوج الذي هو في ولايته ، ولا للسيد أن يطلق عن عبده ، إذ الطلاق حق للزوج ثم لمن ينوب عنه بوكالة ، أو تفويض منه . وللقاضى أن يطلق على الزوج في الموضع التالى فيها ذلك شرعاً (راجع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠) .

كذلك أهلية العتق يشترط فيها أن تكون كاملة ، وللعق أحكام وتفصيلات كثيرة جداً مبينة في مواضعها من الكتب الفقهية .

(د) الاطلاقات — وهى تشمل الوكالة ، والاذن للصبي أو المعتوه أو العبد بالتجارة ، وكل أنواع الولايات سواء أكانت ولاية على النفس والمال جميعاً ، أم على النفس فقط ، أم المال فقط كولاية الوصى ، ومنها ولاية ناظر الوقف ، والمشرف على كل من الوصى وناظر الوقف ، كذلك تشمل الامامة العظمى التى هى رأس الولايات ونبوعها ، وولاية القضاء ، والتحكيم ، والشهادة . وقد تقدم القول فى الاذن للصبي بالتجارة ، وفى حكمه المعتوه ، وكذا الكلام فى أهلية الولي ، والوصي ، وفى حكمها ناظر الوقف ، حتى إذا كان وقت التولية صغيراً فلا يسند إليه شئ من أمور الوقف حتى يبلغ رشيداً ، والمشرف يجب فيه الأهلية الكاملة حتى يستطيع القيام بما كلف به . وأما شروط الامامة العظمى فهى مبينة على التفصيل فى كتب الكلام كالمقاصد والمواقف ، وفى كتب الأحكام السلطانية التى موضوعها القانون الادارى والمالى وما يتعلق بحفظ الأمن والنظام العام فى الممالك الاسلامية ، وقد كتبت مقالا مسهباً فى

الخلافة وشروطها نشر في مجلة القضاء الشرعى . ولنذكر هنا ما يتعلق بأهلية الوكالة والقضاء والتحكيم والشهادة .

الوكالة : — يشترط في الموكل أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه ، فلا يصح التوكيل من الصبي العاقل بشئ من التبرعات ، أو الاسقاطات ، كالهبة والابراء من الدين ، ويصح بالتصرفات النافعة نفعا محضا بدون إذن الولي كقبول الهبة وقبض الشئ الموهوب ، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع ونحوه من متعلقات التجارة والاكتساب فتوكيله فيها نافذ ان كان مأذونا له بالتجارة ، وإلا كان موقوفا على الاجازة ، ويكتفى في الوكيل بأهلية الأداء الفاصرة ، لكن لا تلحقه العهدة إلا إذا كان مأذونا له بالتجارة ، أو أذن له وليه أو وصيه بقبول الوكالة ، فهو في هاتين الحالتين في حكم تام الأهلية .

القضاء : — يشترط في القاضى الأهلية الكاملة من الحرية والعقل والبلوغ ، ولا تشترط الذكورة إلا في القضاء فى الحدود والقصاص ، وأما ما عدا هذين فيجوز فيه قضاء المرأة العاقلة البالغة عند أبى حنيفة وأصحابه خلافاً للائمة الثلاثة (انظر فتح القدير) وذهب محمد بن جرير الطبرى إلى أن قضاء المرأة جائز فى كل شئ (انظر كتابنا أحكام المرأة) . وأما اشتراط كون القاضى مجتهدا فقد استقر الأمر أخيرا على جواز قضاء المقلد بشروط مبنية فى الكتب الفقهية ، بل قالوا بجواز قضاء القاضى الجاهل ، ويستغنى غيره من العلماء ، وقد استوفيت القول فى هذه المسألة فى كتابى «المرافعات الشرعية الكبير» بما لا مزيد عليه .

التحكيم : — أهلية الحكم كاهلية القاضى ، وليس بين القاضى والحكم فرق إلا أن القاضى له ولاية عامة على جميع الرعية على حسب ما هو مرسوم له

في تعيينه، وأما الحكم فولايته خاصة لا تعدو من تحاكموا إليه ورضوا بحكومته .

(تنبيه) لا يشترط في المفتي الذكورة ولا الحرية . وذلك لأنه ينقل حكم الشرع في المسألة ويخبر المستفتي به بدون الزام ، وهذا هو الفرق بينه وبين الناضي ، ونقل أحكام الشرع جائز بالاجماع بواسطة الأحرار والأرقاء ، والذكور والإناث على ما هو مبين في كتب علم السنة ، وعلى ذلك يجوز أن يكون المفتي أمة سوداء .

الشهادة : — إن كانت على الحدود والقصاص يشترط في الشهود كلهم الذكورة مع الحرية والعقل والبلوغ وفيما عدا هذين يجوز شهادة امرأتين ورجل ، لكن في المسائل التي لا يطالع عليها الرجال عادة من شئون النساء كالولادة والبراءة تجوز شهادة امرأة واحدة ، وتفصيل هذا الموضوع في كتابنا طرق القضاء وكتابنا أحكام المرأة بما لا يمكن المزيد عليه .

الدعوى والجواب عنها : — يشترط لأهلية الدعوى في كل من المدعى والمدعى عليه لأجل صحة الدعوى والجواب عنها بنفسه ، أن يكون كل منهما عاقلاً بالغاً ، أو صلياً ، أو مآذوناً له من وليه أو وصيه بالخصومة ، وفي استخلافه روايتان ، والفتوى على أنه يحلف إن كان موضوع الدعوى في الأشياء الدائرة بين النفع والضرر كالمعاوضات ومتعلقات التجارة^(١) انظر كتابنا

(١) والمحكمة الموسكى الجزئية الاهلية حكم أصدرته في ٢١ مايو سنة ١٩٠٢ جاء في حيثياته ما نصه .

« من المقرر في أحكام الشريعة الغراء أن الصبي المميز تصح دعواه متى كان مأذوناً له من وليه أو وصيه كسائر أعماله الدائرة بين النفع والضرر . وسن التمييز حسب الأحكام الشرعية هي سبع سنين فما فوق . وبما أنه يرجع في

المرافعات الشرعية وإيلا حظ أن أهلية اليمين التي تترتب عليها المؤاخضة بالحنث هي العقل والبلوغ معا ، فإذا فقد أحدهما فلا حنث ، فلا مؤاخضة .

الافرار : هو من الحجج الشرعية ، بل هو أهمها لما فيه من الزام الانسان نفسه بنفسه ، ولذلك لم يكن أهلا له الا العاقل البالغ ، وكذا الصبي المأذون له بالتجارة فيما يملكه من شئون التجارة وتوابعها ، والا كف الناس عن معاملته ان لم يعامل بافراجه في شيء من ذلك (انظر كتابنا طرق القضاء) .

(هـ) النقييدات . وهي ضد الاطلاقات كالخبر على المأذون ، وعزل الوكيل وناظر الوقف والوصى ، ومنع الولي من التصرف اذا كان مبذرا سيء التصرف ، وكذا عزل القاضي وسائر عمال الدولة ، والذي يحجر أو يعزل هو الذي له حق الاذن أو التولية ، على ما هو مفصل في مواضعه من الكتب الفقهية ، ومنع الولي من التصرف يكون من القاضي الذي يملك ذلك بحسب مرسوم توليته ، والآن أصبح هذا من اختصاص المجالس الحسبية .

(و) الشركات : وهي تشمل شركة العنان ، والمفاوضة ، والأعمال ، والوجوه . والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة ^(١) . وبعض هذه الشركات يتضمن

الأهلية الشخصية الى الحكم الشرعي ، فالمحاكم الأهلية عليها أن تقبل الدعوى من الصبي المميز لأنها مقبولة شرعا كذلك اهـ

(١) تنقسم الشركة الى شركة ملك وشركة عقد ، فشركة الملك أن يكون شيء مملوكا لاثنين فأكثر ، كأن يموت شخص فينتقل ماله الى ورثته يشتركون فيه على حسب الفريضة الشرعية . وشركة العقد هي أن يتفق اثنان فأكثر على أمر يعود عليهما بالربح ، وهي أنواع شركة العنان وهي أن يكون لكل من الشركاء جزء من رأس المال بدون أن يشترط التساوى بينهم في ذلك ويكون تقسيم الربح بينهم وإدارة الشركة على حسب الشرط ، وشركة المفاوضة

معنى الاجارة ا وهى دائرة بين أن يكون المال من كل الشركاء ، والعمل عليهم جميعا أو على بعضهم ، أو يكون المال من جانب والعمل من جانب آخر، وتقسيم الربح في جميعها يكون على حسب الاتفاق ، الا شركة المفاوضة فهو فيها على التساوى ، اذ أساسها التساوى في كل شيء يمكن التساوى فيه ، ولذا كانت من دون الشركات متضمنة معنى الكفالة زيادة على تضمنها معنى الوكالة الذى هو شرط أساسى في كل شركة . وعلى هذا فانه يشترط في كل واحد من الشركاء

وهى التى تتساوى فيها أموال الشريكين أو الشركاء وتتساوى فيها الأرباح أيضا ، ويشترط ألا يكون لأحد الشركاء مال من جنس مال الشركة خارج عنها ، ولها شروط أخرى مفصلة في موضعها ، وهذا النوع من الشركة لا يكاد يتحقق وجوده ، بل أنكره بعض الأئمة (راجع كتاب الأم للشافعى)
وشركة الاعمال وهى عقد شركة على تقبل الأعمال كأن يشترك اثنان فأكثر على عمل من الأعمال كالنجارة والخياطة وعمل الأحذية ونحو ذلك ، وقسمة الربح تكون على حسب الشرط ، وشركة الوجوه وهى أن يتفق اثنان فأكثر على شراء سلع التجارة نسيئة وتقسيم ما يحصل من الربح بينهم بعد بيع ما اشتروه ، والمضاربة وهى الاتفاق على أن يكون رأس المال من جانب والعدل من جانب آخر والربح يقسم على حسب الشرط . والمزارعة وهى عقد على زراعة الأرض على أن تكون الأرض من طرف ، والعمل من الطرف الآخر ، وأما البذر فقد يكون على أحد الطرفين ، وكذا الآلات والحيوانات اللازمة للزراعة ، والمساقاة وهى عقد على أن تكون الأشجار من طرف ، وخدمتها ، وتعهدا من الطرف الآخر ، والثمر الحاصل شركة بينهما على حسب الشرط ، كما هو حكم المزارعة أيضا ، ولتنظر تفاصيل أحكام الشركات في الكتب الفقهية . وهى مستوفاة جدا في المجلة العدلية وشروحها

وفي المخابر ، ورب المال ، والمزارع ورب الارض ، والامل ورب الشجر ، يشترط في كل من هؤلاء التمييز لأجل انعقاد الشركة وصحة العقد . ويشترط للنفاد الاذن أو الاجازة على ماتقدم ، ذير أن شركة المفاوضة يشترط لانعقادها الاهلية الكاملة في كل واحد من الشركاء .

الحدود والقصاص وسائر العقوبات البدنية : يشترط لاقامة الحدود والقصاص وجميع العقوبات البدنية من ضرب وحبس الاهلية التامة من العقل والبلوغ فقط ، لكن الصبي المميز يؤدب لأجل الاصلاح فقط لأجل العقوبة وقد قدمنا أن كلا من الصبي ، ميزا أو غير ميز والمعترة والمجنون أهل للضمان المالي بسبب إتلافه نفسا أو عضوا أو مالا ، لأن ذمة كل صالحة لوجوب ذلك ولا يخلو من المسئولية صيانة للنفوس والأموال في دار العصمة .

(تنبيه) في القتل الخطأ تتحمل العاقلة الدية عن الذاتل ، وفي هذه الحالة لا تجب الدية إلا على الرجال الأحرار العقلاء البالغين ، وذلك لأن هؤلاء هم أهل النصر والمراخنة ، وفي الإلزام بالدية نوع عقوبة لهم ، لكن اذا كان القاتل امرأة أو صبيا أو مجنونا أو معتوها فانه يشارك العاقلة في الدية فيكون كأحدهم على القول الراجح ، فان لم يكن لأحد هؤلاء عاقله فالدية في مال القاتل نفسه ، (أنظر كتاب الديات والمعاقل)

الميراث : يشترط لاستحقاق الميراث قيام السبب بالوارث مع انتفاء المانع . وأسباب الارث ثلاثة ، الزوجية ، والقرباة ، والولاء . والموانع أربعة ، الرق ، واختلاف الدين بأن يكون أحد الطرفين (الوارث والمورث) مسلما ، والآخر غير مسلم ، والقتل ، واختلاف الدارين على ما هو مبين في علم المواريث .

(تنبيهات)

(١) قد يتحد الدين والدار بن الوارث والمورث مع انتفاء مانعي الرق، والقتل ، ومع ذلك لا ميراث بينهما وذلك فيما يأتي :

(١) أن يكون الزوجان غير مسلمين لكنهما محرمان ، كعم تزوج بنت أخيه ، فإذا مات أحدهما فلا ميراث بينهما بسبب الزوجية ، وفي قول ضعيف جدا بينهما ميراث

(٢) أن يرتد أخوان (مثلا) معا الى دين غير دين الاسلام ، ثم يموت أحدهما وهما على ردتهم ، فلا ميراث بينهما ، إذ المرتد لا يرث غيره ، ولا يقر على ما اختاره ديننا له

(ب) إذا أسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا ، وله قريب مسلم في دار الاسلام ، فمات أحدهما فلا ميراث بينهما على رأى ، مع اتحادهما في الاسلام (أنظر حاشية الفتاوى على السراجية)

(ج) إذا مات غير مسلم في دار الاسلام ، وهو من أهل تلك الدار . وليس له وارث . أو له وارث ، لا يجوز كل التركة ، وهو أحد الزوجين ، فإن ماله كله في الحالة الاولى ، وما بقي بعد نصيب أحد الزوجين في الحالة الثانية يكون لبيت المال ، ولا يعترض على هذا بأن المتوفى غير مسلم ، وبيت المال مسلم معنى ، لأن مال هذا المتوفى لا يوضع في بيت المال باعتباره وارثا ، بل باعتباره بيت مال الدولة ، فتوضع فيه الأمور التي ليس لها مستحق معين . أما إذا لم يكن المتوفى من أهل دار الاسلام . فإن ماله يحفظ لورثته في غير دار الاسلام ، أو لبولته إن لم يكن له ورثة ، وذلك لأنه في حكم الأمانة عندنا ونحن مأمورون بأداء الأمانات الى أهلها .

انتهت هذه التمهة الموجزة المهذبة الوافية وأسأل الله تعالى أن ينفع طلاب الحقوق بفهمها .

خاتمه

في تعريف علم أصول الفقه ، وموضوعه ، واستمداده ، وفائده

تعريف أصول الفقه

قد عرف العلماء « أصول الفقه » بتعريفين (أحدهما) باعتبار التركيب
الاضافي (وثانيهما) باعتباره اسما علما على علم مخصوص
(التعريف الأول)

الأصول جمع أصل ، ومعنى الأصل في اللغة ما يبنى عليه غيره ، وما يتفرع
عنه غيره سواء أكان حسيا ، أى ماديا كالأساس يبنى عليه الجدار ، أى الحائط
أم كان معنويا كلقواعد الكلية تبنى عليها المسائل الجزئية .

ثم استعمل عرفا في معان كثيرة ، منها الدليل ، وهذا المعنى هو الذى
نختاره هنا . وعلى ذلك يكون معنى (أصول الفقه) أدلة الفقه .

والفقه معناه في اللغة الفهم تقول فقه فلان المسألة (بكسر القاف) أى فهمها
وفقه (بضم القاف) أى صار الفهم سجية له . ويطلق الفقه على الفطنة والحنق
ومنه سمي ذلك العلم المعروف لأنه يستلزم فهما دقيقا وفطنة وحنقا .

ومعنى الفقه (١) في الاصطلاح — العلم بالأحكام الشرعية العمادية المستفاد
من أدلتها التفصيلية . وهو علم مستنبط بالرأى والاجتهاد ، ويحتاج فيه إلى النظر
الدقيق والتفكير العميق ، ولهذا لا يجوز أن يسمى الله فقيها ، لأن علمه أحاط
بكل شيء ، ولا يخفى عليه سبحانه وتعالى شيء . وأما النصوص القطعية الثبوت
والدلالة فلا يسمى العلم بها فقهيا لأنها لا تكلف الناظر أى عناء في معرفة المراد
منها ، والناس في فهمها سواء

(١) طلاب الحتموق يسمون علم الفقه بالشرعية الإسلامية ، وقد درجوا

وهناك شرح ما جاء في تعريف الفقه .

فالعلم بالاحكام (أى معرفة الاحكام من وجوب وحرمة وندب وكراهة وإباحة، وصحة، وفساد، وما إلى ذلك (الشرعية) أى الموقوفة على خطاب الشارع ولا تدرك بدونه سواء أكان خطاب وضع أم خطاب تكليف، وسواء أكان الخطاب بنفس الحكم، أم كان بنظيره، ليدخل القياس (العملية) أى المتعلقة بالافعال دون العقائد سواء أكان الفعل من عمل الجوارح كاليد واللسان أم كان من عمل القلب كالنية (الدالة) جمع داليل وهو ما يعرف به الشئ بطريق دلالاته عاينه (التفصيلية) أى الدالة على الحكم مباشرة كدلالة قوله تعالى « لا تقربوا الزنا » على حرمة الزنا، وقوله تعالى « أقيموا الصلاة » على وجوب الصلاة، وهكذا

وعلى هذا يكون معنى (أدلة الفقه) أدلة العلم بالاحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية .

ويان ذلك أن أدلة الاحكام الشرعية العملية تندرج تحت قواعد كلية تنضبط بها، ويرتسم بها طريقة استنباط الاحكام من النصوص، فعلم الأصول يبين أن كل صيغة أمر تجردت عن القرائن تدل على الوجوب، وكل صيغة نهى تجردت من القرائن تدل على الحرمة، وكل عام لم يدخله التخصيص يتناول كل فراده قطعاً مع احتمال غيرنا شئ، عن دليل، ولذلك لا يعاب به ولا يلتفت إليه، وكل عام دخل عليه التخصيص يحمل على مابقى بعدما أخرجه التخصيص ويتناوله على طريق الظن ولذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد وبالقياس وأن كل نص منسوخ قد بطل العمل به، وأن الخير المتواتر يفيد القطع، وخبر الواحد العدل الذى توافرت فيه الشروط حجة ظنية فيعمل به فى المسائل الفرعية العملية، وأن الاجماع الصريح حجة قطعية فلا يجوز الاجتهاد بما يخالفه، وأن الاجماع

السكوتى حجة ظنية عند أكثر علماء الأصول ، وأن القياس حجة ظنية أيضا وهكذا من جميع القواعد التى مرت بك فى كتابنا هذا

فالفقيه الذى يطلب الحكم الشرعى من النصوص أو من الأدلة الأخرى يستصحب هذه القواعد كنبراس بيده يضىء له الطريق فلا يضل فى استنباط الأحكام . وجميع الفقهاء الذين التزموا هذه القواعد قد صاروا مقيدين باتباعها وتطبيقها وبهذا يتقارب بعضهم من بعض وتضييق مسافة الخلف بينهم أكثر مما لو تركوا يسировن فى استنباط الأحكام على غير قواعد تواضعوا عليها والتزموها جميعا وجعلوها موضع الاحترام ، والحكم عند الاختلاف . وهذه فائدة عظيمة جدا الفضل الأول فيها للأمام الجليل محمد بن إدريس الشافعى رضى الله عنه بوضعه رسالته فى الأصول التى هى أول كتاب عرف فى هذا العلم وقد لاحظ فيه ما أسلفناه هنا ، ووضع لذلك من القواعد ما استطاع جزاءه الله أحسن الجزاء ورضى عنه وأرضاه .

والتعريف الثانى لأصول الفقه ،

أى تعريفه باعتباره اسما علما على علم مخصوص . أحسن تعريف له على هذا الاعتبار قول بعض علماء الأصول (هو العلم بالقواعد التى يتوصل بها إلى الفقه) وهذا التعريف ظاهر المعنى بعد معرفة ما قدمناه فى شرح التعريف الأول .

موضوع علم أصول الفقه

تمهيد — موضوع العلم هو ما يبحث فى ذلك العلم عن عوارضه الذاتيه أى الصفات والأحوال التى تعرض للشيء لذاته كالصحة والمرمى لجسم الإنسان والحيوان الذى هو موضوع الطب ، وكالاجاب وغيره مما يعرض لصيغة الأمر

وكالعلماء والمختصين والاشتراف والترادف من عوارض اللفظ ، وهكذا
وموضوع علم الأصول هو نصوص الكتاب والسنة الدالة على الاحكام
الشرعية بأى دليل من الطرق ، على ما أسلفنا . ويتناول بطريق الالحاق الكلام
فى الاجماع والقياس وسائر الادلة الأخرى ، وبطريق الاستطراد الاجتهاد ،
ويتبعه التقليد . كذلك يبحث هذا العلم فى أحوال الانسان من حيث توجيه
الخطاب الالهى اليه بالتكليف ، ويبحث عن الحكم الشرعى من حيث تعلقه
بافعال المكلف ووصفها بالوجوب أو الحرمة أو كان بالصحة والفساد والبطالان
وما يستتبع ذلك من المسائل المكملة .

استمداد هذا العلم

عام أصول الفقه عبارة عن مجموعة من القواعد
منها — ما يرجع الى اللغة وعلومها فقد نزل الكتاب الكريم باللغة العربية
وجاءت بها السنة . فاستمد الأصوليون قواعده من ذلك ليستعان بها على فهم
الاحكام من النص ص ، وهى ما يسمى بالمباحث اللفظية .
ومنها — ما يرجع الى الأدلة القطعية كاثبات أن كلا من الكتاب
والسنة والاجماع حجة قطعية لثبوت الاحكام الشرعية ، وأن القياس حجة أيضا
يجب الرجوع اليه عند الافتضاء .
ومنها — ما يرجع الى أسرار التشريع ووضع الانسان تحت عبء
التكليف . وقد استوفى الشاطبى فى موافقاته هذا القسم الأخير بما لا مزيد عليه
فانت ترى من هذا أن قواعد هذا العلم مستعارة من علوم أخرى ، ولكن
هذا لا يضيره ولا ينقص من قدره ولا يثرب على الأصوليين أن جمعوا من
العلوم المختلفة ، ما يرجع إلى غرضهم ويختص ببحثهم فالغرض جعلوه علما أسموه
بعلم الأصول فانهم بذلك انما قاموا بالواجب عليهم .

فائدة علم الأصول والغاية من معرفته

الغاية من دراسة علم الأصول هي الوصول إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها . وقد يصل المشتغل بهذا العلم إذا أخلص عمله لله تعالى وأمد الله بعنايته حتى تكاملت فيه شروط الاجتهاد الى أن يكون مجتهدا ، ولا حرج على فضل الله . ورحم الله ابن الوردي إذ يقول :

لاتقل قد ذهبت أربابه كل من سار على الدرب وصل

ومن لم يصل إلى رتبة الاجتهاد من طلاب العلوم الشرعية ، ينبغي له أن يأخذ الحكم عن الفقيه بدليله حتى يتنور بمعرفة الأدلة ، ويعرف من أين أخذ الفقيه هذا الحكم حتى تتبين درجة الوثوق به . ولا يليق بأهل العلوم الشرعية مادون ذلك . وبهذا تظهر لنا الفائدة الكبرى في اشتغال هؤلاء الطلاب بعلم الأصول وغيرها من العلوم الشرعية بطريقة علمية لاتأتمينية . وليتركوا من لا يستطيع ذلك من عامة الناس الى التقليد المحض في الأحكام الفقهية لمن أجمعت الاكثرية العظمى من الأمة على النقة بهم

والله المستعان

الخطأ المطبعي في هذه المذكرة

صفحة	سطر	خطأ	صواب	صفحة	سطر	خطأ	صواب
٦	٦	من	أى	٦٧	١٤	ختصاص	اختصاص
٩	١٢	كقضاء	قضاء -	٧٠	١٣	الطلق	المطابق
١٣	٢١	منها	بها	٧٦	٣	له الحل	له إلا الحل
١٣	٢١	ويجب	فيجب	٧٦	١٥	طلاقا	اطلاقا
١٦	١٤	على البدعة	على ما يابل البدعة	٧٧	١٤	وقية	وقية
٢٨	٣	أو أو شيء	أو أى شيء	٧٨	١٠	فازروها	فزوروها
٣٣	٢	من عرف أو عادة	من عرف عامار	٨٠	٥	لاطلان	لاطلاق
		أو ظرف خاص	خاص أو عادة	٨١	٧	يقيل	يقبل
٣٣	١٤	الشرع	المشرع	٩٠	٧	للجمهور	للجمهور
٣٤	١٧	لو كان كان	لو كان	٩٠	١٦	الجمهور	الجمهور
٣٤	١٨	فان	فانه	١٠٤	٢٠	بمض	بعض
٣٧	١٢	لواحدة	الواحدة	١٠٨	٢١	منه	منها
٤٢	٢	بعض	بعضا	١١٣	٤	كالسلا	كالصلاة
٤٣	٧	مصلاة	مصاححة	١١٣	١١	ثارة	تارة
٤٥	٦	وان	وانى	١١٤	٢٠	السلطة	السلطنة
٤٥	١٩	هذا قد	هذا وقد	١١٥	٢٠	العدن	المعدن
٤٦	١١	بدرأ	يدراً	١١٨	١٨	حير	خير
٤٨	٨	ألفاظ	ألفاظ	١٢٠	١	أوبعة	أربعة
٤٨	١٧	لرج	الرج	١٢٤	١	اجاه	اجازة
٥٤	٦	فاجلدوهن	فاجلدوهم	١٢٥	١٣	الموت الموت	الموت
٥٥	١١	فى	من	١٢٧	٨	ادرك	ادراك
٦٠	١٠	يقول	يقولون				
٦٦	٣	الصاهرة	المصاهرة				

وفي الكتاب أغلاط أخرى تسهل معرفتها .

فهرس مذكرة علم الاصول

الموضوع	صفحة	الموضوع	صفحة
القرآن الكريم	١٥	تم دفع الفرق بين القانون الشرعى والقانون الوضعى	٣
السنة النبوية	١٦	واضع القانون الشرعى - الحاكم	٣
ذلى السنة إلينا	١٨	معرف حكم الله	٤
أقسام النصوص من حيث الثبوت والدلالة	١٩	الحكم	٦
منزلة السنة من الكتاب	٢١	أقسام الحكم	٧
شرع من قبلنا	٢٢	الحكم التكليفى	٧
مذهب الصحابى	٢٤	الواجب	٧
أنوال أئمة آل البيت النبوى	٢٥	أقسام الواجب	٨
استثمار الأحكام من النصوص	٢٦	الموسع	٨
مقارنة عامة بين القانونين الشرعى والوضعى	٢٧	المضيق	٨
دلالة النصوص على الأحكام	٤٨	ذو الشبهين	٩
الدلالة غير اللفظية	٤٨	المعين والواجب على الكفاية	٩
الدلالة اللفظية	٤٨	محدد المقدار وغير محدد المقدار	٩
دلالة المنطوق	٤٨	المعين والمخير	١٠
عبارة النص وإشارته واقتضاؤه	٤٩	المندوب وأقسامه	١٠
دلالة النص - مفهوم الموافقة	٥٠	الحرام وأقسامه	١٠
مفهوم المخالفة	٥١	المباح وأقسامه	١١
أنواع مفهوم المخالفة	٥٢	تقسيم الحكم إلى رخصة وعزيمة	١١
مفهوم الصفة	٥٢	الحكم الوضعى	١٢
مفهوم الشرط	٥٣	السبب	١٢
مفهوم الغاية	٥٣	الشرط	١٢
مفهوم العدد	٥٤	المانع	١٣
مفهوم اللقب	٥٤	الصحة والبطالان	١٣
مفهوم الحصر	٥٥	النصوص الشرعية التى جاء بها الوحى	١١

تابع فهرس المذكرة

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٥٥	أحوال اللفظ من حيث الظهور والبقاء	٧٣	اقتضاء الأمر القوي
٥٥	التقسيم الأول من حيث الظهور	٧٤	النهى - تعريفه
٥٥	الظاهر	٧٤	يفارق النهى الأمر في مسألتين
٥٦	النص ، وتأويله هو والظاهر	٧٥	الامر عن الامور الحسية والامور الشرعية
٥٨	المفسر		وما يدرج تحت ذلك من الاقسام
٥٨	المحكم	٧٧	النسخ وتعريفه وأقسامه
	التقسيم الثاني من حيث الخفاء	٨٠	لانسح بعد وفاة الرسول
٥٨	الخفي	٨٢	تعارض النصوص
٦٠	المشكل	٨٢	الاجماع - تعريفه
٦١	المجمل	٨٤	كيفية الاجماع وأنواعه
٦١	المشابه	٨٥	أهمية الاجماع وحجته
٦٢	المشترك	٨٦	اتفاق أكثر المجتهدين
٦٣	العام	٨٧	استطراد مفيد
٦٣	ألفاظ العموم	٨٨	مستند الاجماع
٦٤	حكم العام	٨٨	هل ينسخ النص اجماعا وهل ينسخ
٦٥	تخصيص العام		الاجماع نصا
٦٨	حكم العام بعد التخصيص	٨٩	نسخ الاجماع بالاجماع
٦٨	الخاص وحكمه	٩١	أمثلة للاجماع
٦٩	المطلق والقيد	٩٣	القياس
٧١	الأمر والنهي	٩٤	تعريف القياس
٧٢	الأمر - تعريفه	٩٥	أمثلة القياس
٧٢	دلالة صيغته على الوجوب		مسألتان متممتان للقياس
٧٣	اقتضاء الأمر تكرار الفعل	٩٧	الأولى في الحكمة والعلة

تابع فهرس المذكرة

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٩٩	النانية متاخذ الشارع ومراتب	١٢٤	عوارض الأهلية وتغيرها
	الضروريات، والحاجيات	١٢٥	الجنون والعته وحكم كل منهما
	والكاليات	١٢٩	مرض الموت وأحكامه
١٠٠	الاستحسان	١٣٥	السفه وأحكامه
١٠١	الاستصحاب		الأكراه وأحكامه
١٠٣	المصالح الرسالة	١٤٨	تتمة في الأهلية اللازمة لصحة
١٠٦	الاجتهاد، وما يتعلق به		النكاح الشرعية كلها بالتفصيل
١١١	التقليد وما يتعلق به	١٤٨	المعاملات وما يتصل بها
١١٢	المحكوم به	١٤٨	المعاوضات
١١٣	بيان الحق الخالص لله تعالى والحق	١٥١	البرعات
	الخالص للعبد والحق المشترك	١٥٧	الاسقاطات
١١٥	أنواع حقوق الله وهي ثمانية	١٦٠	الاطلاقات وشهادة والدعوى
١١٦	المحكوم عليه		والاقرار
١١٦	الأهلية وأنقسامها إلى أهلية	١٦٣	التقييدات
	وجوب وأهلية أداء وما يتصل	١٦٣	الشركات وأنواعها
	بذلك	١٦٥	الحدود والقصاص وسائر
١٢٠	أدوار الانسان بالنسبة لنوعه	١٦٥	العقوبات
	الأهلية	١٦٥	الميراث
١٢٠	الدور الاول	١٦٧	تعريف أصول الفقه
١٢١	الدور الثاني		موضوعه واستمداده وفائدته
١٢٢	الدور الثالث		والغاية من معرفته
١٢٤	الدور الرابع		

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هذه مقالات موجزة في تاريخ التشريع الاسلامي والأدوار التي مر بها
الفقه كتبها للطلاب بقدر ما يتسع له الوقت ولذا اقتصر فيها على اللي .
والموفق المعين هو الله وحده

تمهيد

(١) التشريع مصدر شرع (بتشديد الراء) كالشرع مصدر شرع (بتخفيف
الراء المفتوحة) المراد به وضع أحكام للناس ليعملوا بها ولتطبق على ما يصدر
عنهم فان كان واضح هذه الأحكام هو الله سمي شرعا أو تشريعا إلهيا ، وإن
كان الواضح لها الناس سمي شرعا أو تشريعا وضعيا .

والفقه مصدر فقه (بكسر القاف) أى فهم مراد المتكلم فهما دقيقا ، ومن
صار الفقه صفة راسخة له سمي فقيها ، وفعله فقه (بضم القاف) . ويقال :
فلان فقيه النفس إذا صار الفقه ملكة له وكان له ذوق فيه وقدرة على استنباط
الأحكام وفق أصولها وتمييز الخطأ والصواب

وقد انتهى الشرع الاسلامي بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم إذ الشارع
هو الله وحده ، والرسول مبلغ عنه بواسطة الوحي ، وبموت الرسول انقطع
الوحي . وأما ما زاد بعد وفاته صلى الله عليه وسلم على ما جاء به فهو آت
بطريق الاستنباط من فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة الاجتهاد
الذين توافرت في كل واحد منهم شروط الاجتهاد (راجع مذكرة الأصول)
ومن الشرع والفقه ما هو ديني محض كالعبادات ، ومنه ما هو دنيوي

كالمعاملات لكن للدنيوى من الأحكام وصف دينى أيضا من حيث كونه حلالا أو حراما أو واجبا أو مباحا الخ (راجع أنسام الحكم في مذكرة الأصول) (٢) وقد ظهر الشرع الإسلامى فى البلاد العربية بين أقوام غلب عليهم الشرك بالله وعبادة الأوثان . وقد كان لهم تقاليد موروثة فى معاملاتهم وجميع ارتباطاتهم منها ما كان باقيا من شريعة الأنبياء السالفين كإبراهيم وإسماعيل صلوات الله وسلامه عليهما ومنها ما سرى إليهم من الأمم الأخرى المجاورة لهم كالروم والفرس . ولكن كانت جملة ذلك ضئيلة جدا بقدر ما يناسب حالاتهم الاجتماعية البسيطة ، ومنها ما هو فاسد ومنها ما أصله صالح لكنه فى حاجة إلى التعديل حتى يكون كله صالحا . فلما جاء الإسلام أبقي الصالح لأنه إنما جاء للإصلاح ، وقضى على غير الصالح فحاه محوا وأبطله إبطالا ، وأصاح ما أصله حسن بما جعله صالحا لا ثقا بكرامة نبي الإنسان ، إذا الإسلام كما عني بالإصلاح العام عني بالوصول بالإنسان إلى أقصى ما يمكن من الكمال المستطاع له عقلا وروحا وجسما .

(٣) والبلاد العربية التى ظهر فيها الإسلام هى شبه الجزيرة الواقعة فى الجنوب الغربى من القارة الآسيوية يحده شمالا بلاد الشام والبادية التى بين الشام والعراق ، وشرقا الخليج الفارسى ، وخليج عمان ، وجنوبا المحيط الهندى وخليج عدن ، وغربا مضيق باب المندب والبحر الأحمر . ومساحة تلك البلاد ثلاثة ملايين من الكيلومترات أو أكثر من ذلك على ما قاله بعض علماء الجغرافية من الأوروبيين . وتسمى هذه البلاد بجزيرة العرب مع انتهاء الواقع شبه جزيرة ، وأكثر أراضيها يجذب لا نبات ولا ماء فيه . وقد قسمها علماء الجغرافية من العرب إلى خمسة أقسام

تهامة — وهى الأرض التى على شاطئ البحر الأحمر بين اليمن والحجاز وأرضها منخفضة وشديدة الحر

الحجاز — وهو سلسلة جبال ممتدة من اليمن جنربا إلى بلاد الشام شمالا على البحر الأحمر ، وسمى الحجاز حجازا لانه يحجز بين تهامة (الأرض المنخفضة) ونجد من الشمال الشرقى (والنجد هو الأرض العالية) وفى الحجاز مكة ، منبع الاسلام ، وبثرب (المدينة المنورة ، وتسمى طيبة) وهى مستقره بعد الهجرة

نجد — وهى واقع داخل الجزيرة ويتصل ببلاد اليمامة شرقا وبالعراق شمالا اليمامة وبلاد البحرين ، وتسمى العروض وهى على الخليج الفارسى وفيها مغاضات اللؤلؤ

اليمن — جنوب نجد إلى ساحل المحيط الهندى وتتصل من جهة الشرق بحضرموت والشحر وعمان

وقد كتب علماء الجغرافية من العرب كتاباً قيمة فى وصف جزيرة العرب ومن أشهرها وأهمها كتاب « وصف جزيرة العرب للهمداني » وكتب الأوربيون كتاباً قيمة أيضاً فى ذلك أتت على كل ما استطاع من بيان وصف الجزيرة طبيعياً واقتصادياً وأحوال القبائل التى تسكنها ومواضعهم وأخلاقهم وعاداتهم وآدابهم وسائر أحوالهم الاجتماعية قبل الاسلام وبعده .

والذى يهمنا هنا — فى هذه الخلاصة — هو أن نقول إن الاسلام ظهر فى مكة فى بلاد الحجاز من جزيرة العرب ومنها انتقل إلى المدينة المنورة ثم عم بنوره وهدايته جميع المعمورة .

المقالة الاولى

في تاريخ التشريع — أى التشريع في عهد الرسالة

في ١٢ ربيع الأول من عام الفيل ، الموافق ٢٠ ابريل سنة ٥٧١ من ميلاد المسيح عليه الصلاة والسلام — على القول المشهور — ولد الرسول المصطفى محمد بن عبد الله النبي العربي القرشي الهاشمي خاتم رسل الله وأنبيائه ﷺ وعليهم أجمعين ، وكان ميلاده صلوات الله وسلامه عليه بمكة

وقد نشأ نشأة طيبة مباركة كان فيها المثل الأعلى لبني الانسان في جميع الفضائل والكمالات

ونزل عليه الوحي الالهي بالنبوة والرسالة وبأول آيات القرآن المجيد نزولا في ٢٧ رمضان من السنة الحادية والاربعين من عمره الشريف . وكان أول ما نزل عليه قوله تعالى « إقرأ باسم ربك الذي خلق ، خلق الانسان من علق إقرأ وربك الأكرم ، الذي علم بالقلم . علم الانسان ما لم يعلم »

واستمر نزول القرآن عليه من بعد ذلك الى ٩ ذى الحجة من السنة العاشرة من هجرته الى المدينة المنورة . وكان آخر ما نزل عليه قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً » ولم ينزل عليه بعد ذلك شيء من الفرائض ولا التحليل ولا التحريم ، وتوفي بعد ذلك في ١٢ ربيع الأول من السنة الرابعة والستين من عمره ، وهي السنة الحادية عشرة من هجرته وكان ذلك موافقا ثامن يولييه سنة ٦٣٢ ميلادية . وكان عمره ﷺ وقت وفاته ثلاثا وستين سنة قمرية فمدة نزول القرآن اثنتان وعشرون سنة وشهران وإثنا عشر يوما

وقد مكث النبي ﷺ بمكة بعد أن جاءت الرسالة اثنتى عشرة سنة وخمسة أشهر وثلاثة عشر يوما يدعى فيها إلى عبادة الله وحده ونبذ الشرك به حتى اشتد أذى المشركين به وبالذين أسلموا معه فهاجر إلى المدينة المنورة في أول ربيع الأول من السنة الرابعة والخمسين من عمره ومعه صاحبه أبو بكر رضى الله عنه . وتبعه المسلمون من بعد ذلك مهاجرين . وقد تلقاهم هناك اخوانهم المسلمون من الأنصار أهل المدينة المنورة بالرحب والسعة وتعاضد الفريقان جميعا من المهاجرين والأنصار على نصر الرسول والجهاد في سبيل إعلاء الدين وجعل كلمة الله هي العليا . وقد أيدهم الله تعالى بنصره جزاء صدق إيمانهم وإخلاصهم ، حتى أتم الله نوره وعلت كلمته

ومكث الرسول ﷺ بالمدينة بعد الهجرة يدعى إلى الله ويجهاد في سبيله ما يقرب من عشر سنين ثم توفاه الله إليه بعد أن بلغ رسالة ربه

القرآن الكريم

هو ذلك الكتاب المنزل على رسول الله ﷺ عربيا مبينا ، محفوظا من التغير والتبدل يحفظ الله إياه « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » وهو أصل الاسلام والشرع وينبوع الاحكام .

والقرآن يحوى أربعة موضوعات أصلية

(الأول) العقائد ، ومعرفة حقائق الأشياء على ما هي عليه

وقد وجه الخطاب بذلك إلى العقول وحث ذوى الآلباب إلى النظر في أنفسهم وفيما يحيط بهم وفيما احتوته السموات والارض من عجائب صنع الله تعالى من كل ما يدل على عظمته سبحانه وتعالى وقدرته ، وما يدل على حكمته ودقة صناعته كي يترصل أولو العتول السليمة والتفكر الصحيح إلى وجوبهم

ووجدانيته ، وكذا الايمان بملائكته ورساله وكتبه وبأجله فقد جاء القرآن في هذا بكل ما يتعلق بالالهيات والنبوات ، بأحوال اليوم الآخر ، وضرب لذلك الأمثال واستعمل في برهنته وإقناعه منطق العقل والوجدان جميعا

(الثاني) العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج مما تظهر به طاعة المخلوق لخالفه وتزكى به النفس وتطهر من دنس النقائص والذائل وتتحلى بالكمالات والفضائل . وفيه نفع لعباد الله وصيانة للمجتمع الانساني من الفساد ، إذ النفوس الصالحة لا يصدر عنها إلا الخير ، وفي الزكاة نفع للفقراء والبائسين فيحرص هؤلاء على مستغلاتهم من الاغنياء ليجنوا منها فائدتهم السنوية التي مقدارها $\frac{2}{3}$ بدل أن يكرهوهم وينظروا إليهم بعين المقت ويتمنوا بهم سوء الدوائر .

(الثالث) الاخلاق الفاضلة التي ترتفع بالانسان الى مستوى الملائكة الاطهار وتوجد بها أحسن العلاقات بين بني الانسان جميعا وبين الشخص ومن تربطه به رابطة قرية ، وبها تحل المودة والرحمة في معاملة الناس بعضهم مع بعض محل القسوة .

وبما لا شك ولا ريب فيه أن القرآن الكريم هو صاحب القدح المعلى في ذلك غير مدافع

(الرابع) المعاملات وما يتعلق بالارتباطات التعاملية بين الأفراد والجماعات وقد أتى القرآن في ذلك بالقواعد الكلية والأصول العلية وما لا بد منه من التفصيلات وموضوع هذا القسم الرابع هو بعينه موضوع القوانين الوضعية على اختلاف أنواعها

وفي القرآن غير ذلك من سائر العلوم ما كشفت وتكشفت عن سره الأيام مما يطول شرحه ، ولا تنقضي عجائبه

والناظر في القرآن يرى أنه ما جاء به من التشريع مبني على قلة التكاليف بحيث لا يشق على المكاف القيام بها مشقة عظيمة ، بل فيها نوع مشقة محتملة تظهر بها الطاعة ، ولو خلا التكليف من المشقة لما كان تكليفا . قال تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقال « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » أي ضيق . وقال « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » إلى غير ذلك من الآيات الدالة على عدم الحرج في التشريع

ومن دلائل اليسر وعدم الحرج في التشريع ولطف الله بعباده أن تكاليف القرآن لم تأت دفعة واحدة بل جاءت تدريجاً حتى يحتملها المكلف ويألفها شيئاً فشيئاً وهذه حكمة عظيمة في نزول القرآن الكريم في مدى اثنتين وعشرين سنة ونيف مراعى فيه الظروف والحالات والمناسبات حتى تتقبل تكاليفه النفس بدون عنت ولا إرهاق

وهاك ثلاثة أمثلة للدرج في التشريع

(الأول) في تحريم شرب الخمر . قال تعالى مخاطباً رسوله صلى الله عليه وسلم « يسألونك عن الخمر والميسر ، قل فيها إثم كبير ومنافع للناس . وإثمهما أكبر من نفعهما » لم يصرح سبحانه في هذه الآية بتحريم الخمر والميسر لكن اللبيب ذو الفهم الدقيق يدرك تحريم كل منهما لأن ما كان إثمهما أكبر من نفعه وجب تركه جملة ، لأنه لا يكاد شيء من الأشياء الضارة أن يكون كله ضرراً من جميع نواحيه . بل لا بد فيه من نواح لا ضرر فيها لكن لا غلب ضرره على نفعه وجب تركه جملة ، ثم قال لما خلط بعضهم في قراءة القرآن في صلاته وهو سكران « يأياها الذين آمنوا لا تقرّبوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » وليس في هذا إبطال للأول بل هو مؤكده ، ولذا ترك كثير

من الصحابة ممن كانوا يشربون الخمر شربها لما سمعوا الآية الأولى ، وكذلك ترك آخرون شربها عند سماع الآية الثانية . بعد ذلك جاء النهى صريحا ، والنص حاسما فقال تعالى : يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متعون)

(الثاني) في الميراث . كان العرب في الجاهلية يتوارثون . بشيئين أحدهما النسب ، والآخر السبب . فأما ما كان يستحق بالنسب فإنهم ما كانوا يورثون الصغار ولا الإناث ، وإنما يورثون من يستطيع القتال ويركب الخيل وأما السبب الذي كانوا يتوارثون به فهو الحلف والتبني . كان الرجل في عصر الجاهلية يرغب في خلة وصداقة غيره فيعاقده ، فيقر له من ضمن ما يقر له : ترثني وأرثك . وأيهما مات قبل صاحبه كان للحي من ميراثه ما اشترط وكان هذا يسمى ميراث المعاقدة وميراث الحلف . كذلك كان الرجل منهم يتبنى ابن غيره فينسب إليه دون أبيه من النسب ويرثه .

واستمر إرث الجاهلية بالنسب والسبب بعد مجيء الاسلام برهة من الزمن لم يتعرض له الاسلام بشيء كما لم يتعرض لكثير من المعاملات والعادات التي كان عليها العرب في الجاهلية . من زواج وطلاق وبيع وربا وما إلى ذلك ، بل كانت العناية موجهة أولا لما هو الأهم المقصود قصدا أوليا من بعثة رسل الله إلى خاليقته من إزالة الشرك بالله وعبادة غيره والنهي عن تقديم القربان إلى الأوثان والذبح باسمها ، وكذا ما كان من القبايح التي تنفر منها الإنسانية كوأد البنات وهن أحياء

وبعد ذلك نسخ القرآن النبي وأمر بأن يدعى كل ابن إلى أبيه الحقيقي دون من تبناه فان لم يكن له أب معروف فهو أخ في الدين . قال تعالى في شأن هؤلاء المتبنيين الأدياء « أدعوهم لآبائهم هو أفسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين وهو اليكم »

ولما هاجر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى المدينة قطع النوارث بين كل من هاجر معه من أصحابه وبين أقاربهم المسلمين الذين لم يهاجروا ليشجع أولئك على الهجرة ولجعل المسلمين جميعهم معه ليكونوا قوة على المشركين . وأخى بين المهاجرين والأنصار ورتب على ذلك الارث بينهم . ثم نزل بعد ذلك قوله تعالى « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » فنسخت هذه الآية التوارث بالاخاء . واختلف الفقهاء هل نسخت الإرث بالتعاقد والخاف فقال أبو حنيفة وأصحابه والشيعة الإمامية انها لم تنسخه لإمكان التوفيق بينهما وذلك بأن يكون الارث بالتعاقد عند عدم الأقارب إطلاقاً وهذا هو المسمى عند الحنفية بمولى الموالاة ، وعند الإمامية بضامن الجريرة وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإرث بالتعاقد قد نسخ .

وبعد ذلك جاءت آيات الميراث بالتفصيل ، ونصت على أن الميراث عام للكبار والصغار والرجال والنساء من الأقارب وزادت عليهم الزوجين ، وجاءت السنة بأحكام زائدة على ما جاء به الكتاب ، مما هو مبين في مواضعه (الثالث) في القتال . كان الرسول صلى الله عليه وسلم مأموراً في أول رسالته بالتبليغ والاعراض عن المشركين . قال الله تعالى « وما خلقنا السموات والأرض وما بينهما إلا بالحق ، وإن الساعة لآتية ، فاصبر للمصعب الجميل » أي أعرض عن مخالفتك وينتبه إليك واتركه بدون أن تجزع مما صدر

منه . وقال تعالى « فَوَرَّبُّكَ لَئِمَّائِهِمْ أَجْمَرِينَ عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ ، فاصدع بما تؤمر وأعرض عن المشركين » ثم أمر بالمجادلة بالأحسن فقال تعالى « ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ، إن ربك أعلم بمن ضل عن سبيله وهو أعلم بالمهتدين »

ولما اشتد أذى المشركين للمسلمين بمكة ، كان الرسول كلما شكوا إليه يأمرهم بالصبر وتحمل الأذى ، حتى كانت الهجرة وقوى المسلمون فأذن الله لهم في القتال لدفع الشر عنهم ولنشر دعوة الإسلام وحمايتها من المعاندين المتعنتين . فقال تعالى « أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَالِمُونَ ، وَإِنِ اللَّهُ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ . الَّذِينَ أَخْرَجُوا مِن دِيَارِهِم بغير حق ، إِلَّا أَن يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ . وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّهُدَمَتِ صَوَامِعُ وَبِيْعٌ ، وَصَلَوَاتٌ ، وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا ، وَلِيَنْصُرَنَّهُ اللَّهُ مِنْ يَنْصُرُهُ إِنْ اللَّهُ لَفَرِيقٌ عَزِيزٌ . الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّا لَهُمُ الْأَرْضَ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَرْوَةِ وَنَهَرًا عَنِ الْمُنْكَرِ ، وَهُوَ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ »

وبعد ذلك توالى نزول آيات القتال بأحكام تناسب مع الظروف التي نزلت فيها .

تقسيم القرآن إلى مكى ومدنى

ما نزل من القرآن قبل الهجرة يسمى مكى ، وما نزل بعد الهجرة يسمى مدنى . ومقدار المكى ٢٣ من مجموع القرآن إلا قليلا ، ومقدار المدنى ٢٧ مع زيادة يسيرة

ويفرق بين المكى والمدنى بفروق أهمها :

(١) الآيات المكية في الغالب قصيرة شديدة لأن الدعوة وقتئذ كانت موجهة إلى عبادة الله الواحد الحق والايان باليوم الآخر ونبذ عبادة الأوثان وكان المشركون قد جمدوا على ماورثوه من ذلك عن أسلافهم وأطرحوا عقولهم وراء ظهورهم فلا جرم أن كانت مأمورية الداعي أشق لأن دعوته وجهت إلى انتزاع ما ألفوه ولقنوه وتعودوه ، إلى الايمان بالله وحده وإخلاص الدين كله له . وقد يما قيل (وشديد عادة منزعجة) وأما الآيات المدنية فقد خفت فيها الشدة وانتظمت التشريع التفصيل الذي هو في المرتبة النائية بعد الدعوة إلى الله ، وإنقاذ المدعوبين مما انغمسوا فيه من الشرور وأحاط بهم من الخطيئات ، وقد كان في الآيات المكية تشريع إجمالي في الحث على مكارم الأخلاق والأمر بالابتعاد عما له علاقة بالشرك كتقديم الذبائح إلى الأصنام فأمر المسلمون ألا يأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه مما كان يذبح باسم معبودات المشركين (٢) الخطاب في الآيات المكية غالبا كان بيأيا للناس وفي الآيات المدنية غالبا كان بيأيا للذين آمنوا

(سور القرآن)

يتألف القرآن الكريم من أربع عشرة ومائة مجموعة كل مجموعة منها تسمى سورة ، ومعنى السورة المنزلة الرفيعة من منازل الشرف . وهذه السور منها ما بمجموع آياته أكثر من ثمانين ومائتي آية ، ومنها ما يحتوي ثلاث آيات فقط ومنها ما بين ذلك ، والآية جملة أو جمل من الكلام ذات معنى مستقل مفيد ، وقد تفتقر إلى ما بعدها لإفادة تمام معناها . ومن الآيات ما هو طويل جدا كآية المائدة ومنها ما قصير يحتوي كلمتين أو ثلاثا ومنها ما هو بين ذلك . وترتيب آيات كل سورة في سورتها توقيفي بروحي من الله . وهذا بالاجماع غير

أن ترتيبها ليس على وفق تواريخ نزولها . وأما ترتيب السور بعضها بعد بعض فهو من عمل الصحابة رضي الله عنهم
ولكل سورة اسم خاص مأخوذ من أولها كسورة طه وسورة يس ،
وسورة الانفال ، أو من شيء جاء في أثنائها كسورة مريم والكهف
وآل عمران .

(كتابة القرآن)

كتب القرآن على عهد رسول الله ﷺ ، فكان كلما جاء الوحي بآية
كتب كاتب من كتاب الوحي ، بتبليغ النبي ﷺ إياه فيكتبها باللفظ الذي
ينطق به الرسول عليه الصلاة والسلام ، وكان الرسول أمياً لا يقرأ ولا يكتب
وقد كملت كتابة القرآن بتمتة الحفظ والعصون والاتقان ولم تبقى منه آية إلا
كتبت ووضعت في محالها بأمر النبي ﷺ . وكان الكتاب الذين يتبادلون كتابة
الوحي في مجموعهم أكثر من أربعين كاتباً من أول نزول القرآن إلى آخر آية
منه . وكان الكاتب كلما كتب شيئاً أخذ منه نسخة لنفسه ويكون عند رسول
الله ﷺ نسخة أخرى في منزله . وكان من الصحابة في عهد الرسالة من يحفظ
القرآن كله ككاتب بن كعب وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل
وكثير غيرهم وردت أسماؤهم في كتاب الاتقان في علوم القرآن . وكان كثير
جداً من الصحابة يحفظون بعض القرآن

(جمع أبي بكر رضي الله تعالى عنه له ما حذف التي كتب فيها القرآن)
وبعد وفاة الرسول ﷺ جمع أبو بكر الصديق التي كان القرآن مكتوبة
فيها في عهد الرسول في مصحف واحد . ولم يكن له من عمل في هذا الجمع إلا

أنه نظمها في مجموعة خاصة وربط بعضها ببعض مرتبة السور ، أما الآيات فكانت مرتبة في سورها من قبل كما أسلفنا

(كتابة عثمان رضى الله عنه للمصاحف وإرسالها الى الامصار)

وفي عهد عثمان رضى الله عنه في سنة ٢٥ من الهجرة أمر بكتابة عدة نسخ من المصحف ليرسلها الى الامصار الاسلامية فكتب ست نسخ أرسلت إلى مكة والمدينة ودمشق والكوفة والبصرة ، أى إلى كل مصر من هذه الأمصار نسخة واحدة واستبقى عثمان رضى الله عنه لنفسه النسخة السادسة فكانت هذه المصاحف الستة هي التي يرجع اليها المسلمون ، ثم كتبت بعد ذلك نسخ لا تحصى كثرة حتى بلغت آلاف الآلاف ، بدون أن يكون بينها خلاف في شيء ما ، يحفظ الله تعالى الذي تولى حفظ هذا الكتاب الذي هو نور الله وهدايته للاس أجمعين

أسلوب القرآن فيما جاء به من التكاليف

لما هو معلوم في الطبيعة البشرية من السآمة والملل إذا جاء الشيء على صورة واحدة باستمرار بدون تنوع ولا تفنن ، ولما انفرد به القرآن من مرتبة الاعجاز التي هي أعلى مراتب البلاغة على الإطلاق كانت تكاليف القرآن على ضروب شتى من العبارات . وقد أوردت بعض ذلك في مذكرة الأصول ، واذكر هنا ما يتيسر ذكره . قال تعالى : كتب عليكم الصيام . كتب عليكم القصاص في القتلى . كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية . حرمت عليكم أمهاتكم . حرمت عليكم الميتة . وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا . فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه . اليوم أحل

لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم . إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن . يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير . من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له . لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين . إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين ، وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ، ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا . ولا يجرمكم شأن قوم ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى . ولا تكتموا الشهادة . وأقيموا الشهادة لله .

والآيات الكريمة من ذلك لا تحصى كثرة

السنة

راجع ما كتبناه فى مذكرة الأصول

غير أننا نقول هنا ان السنة القولية لم تدون فى عهد التشريع وإنما دونت بالكتابة بعد ذلك العهد بزمان طويل كما سيأتى . وأما السنة العمالية المبينة لما أجمله الكتاب من العبادات فكانت معلومة لجميع المسلمين على السواء لا يختلفون فى شىء منها من صلاة أو صوم أو حج أو زكاة إلا ما لم يكن من جوهرها ، وقد تواتر العمل بها عنهم حتى وصلت الينا على هيئتها التى كانت عليها فى عهد النبوة من حيث أركانها وواجباتها مما كلفنا به حتما

وقد بينا فى مذكرة الأصول ان كلا من نصوص القرآن بالسنة يكون القانون الشرعى الإسلامى ، فارجع الى ما بيناه هناك مفصلا من ذلك فقيه الكفاية

وقد اختلف الفقهاء هل صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم أحكام بطريق الاجتهاد والقياس ، والصحيح أنه صدر عنه ﷺ شيء من ذلك لكن ان كان فيه خطأ فإن الله ينبيه إليه بواسطة الوحي ولا يقره عليه ، وكذلك اجتهد الصحابة في عصره في بعض الأحكام وأقر منه ما هو الصواب

وأما الاجماع فلم يكن في عهد الرسالة بل كان بعدها ، وذلك لأنه مع وجود الرسول المعصوم المبلغ عن الله تعالى شرعه للناس يكون الرسول وحده هو المرجع في الأحكام الشرعية ، والمؤمنون به تابعون له ، فلا يتصور الاجماع بمعناه الاصطلاحي المبين في كتب علم الأصول (راجع مذاكرة الأصول)

(وبالجملة) فقد كمل الشرع بأصوله العامة وقواعده الكلية وما لا بد منه من الأحكام التفصيلية. يحمل كل ذلك في طياته كل الأحكام الشرعية دينية ودنيوية ، يراها الفقيه الموفق بثاقب فكره ونافذ بصره

المقالة الثانية

في الدور الاول من أدوار الفقه

من أول خلافة الصديق إلى آخر زمن الخلفاء الراشدين

تمهيد

بعد وفاة النبي ﷺ بايع المسلمون بالخلافة أبا بكر الصديق رضي الله عنه وكان الإسلام محمورا وقتئذ في جزيرة العرب . وقد ارتد عن الإسلام بعد وفاة الرسول كثير من العرب ، وامتنع كثير منهم من أداء الزكاة ، واضطرب الأمن اضطرابا عظيما . فنام أبو بكر ومن معه من المؤمنين بعزيمة صادقة وإيمان نقي سليم فأعاد الوحدة الإسلامية في الجزيرة كلها وقرر الأمن ورد كل شيء إلى نصابه . وكان ذلك كله في مدة أقل من سنة . ثم جرد الجيوش إلى محاربة البولتين الفارسية والرومية (الرومان) . وأهم ما حصل في مدة خلافته جمعه القرآن كله في مصحف واحد كما أسلفنا . ثم توفي رضي الله عنه في يوم ٢١ جمادى الآخرة سنة ١٣ من الهجرة ومدة خلافته سنتان وثلاثة أشهر وعشر ليال .

وبويع بالخلافة بعده عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وامتدت الفتوحات في مدته امتدادا عظيما وفتح المسلمون بلاد فارس والشام ومصر وغيرها . وتوفي رضي الله عنه في ٢٦ ذى الحجة سنة ٢٣ ومدة خلافته عشر سنين وستة أشهر وأربعة أيام

وبويع بالخلافة بعده عثمان بن عفان رضي الله عنه . واستمرت الفتوحات

في امتدادها من جميع الجهات . وأهم ما حصل في مدة خلافته كتابة القرآن الكريم في ستة مصاحف ، وتوزيع خمسة منها على الأمصار الإسلامية واستبقائه واحدا لنفسه ، كما بينا ذلك فيما سبق . وتوفي رضى الله عنه في ١٨ من ذى الحجة سنة ٣٥ ومدة خلافته اثنتا عشرة سنة إلا بضعة أيام

وبويع بالخلافة بعده على بن أبي طالب رضى الله عنه . وفي مدته انتقل مقر الخلافة من المدينة المنورة إلى الكوفة ، وحصلت بينه وبين معاوية بن أبي سفيان حرب في مكان قريب من نهر الفرات اسمه صفين ، انتهت بتحكيم الحكيم . واستمر على عليه السلام في جهاد مخالفه حتى قتل في ١٥ رمضان سنة ٤٠ بيد رجل من الخوارج وذلك عند خروجه إلى صلاة الصبح

وبويع بالخلافة بعده ابنه الحسن عليه السلام ثم تنازل عن الأمر لمعاوية حقنا لدماء المسلمين وميلا إلى السلم .

وكانت مدة خلافته ستة أشهر . وبذا انتهت مدة الخلفاء الراشدين الخمسة رضوان الله عليهم أجمعين وكان ذلك في شهر ربيع الثانى سنة ٤١ ومقدار تلك المدة ثلاثون سنة وبضعة أيام . بدأت عقب وفاة النبي ﷺ في ربيع الأول سنة ١١ هـ — ٦٣٢ م وانتهت في ربيع الثانى سنة ٤١ هـ — ٦٦١ م

وفي أواخر عهد الخلفاء الراشدين انقسم المسلمون إلى ثلاثة أحزاب سياسية اصطبغ كل منهما بالصيغة الدينية . وقد استحسن أن أجمل القول في كل منها إجمالا وأذكره تابعا بقدر ما يتسع له الوقت

وهذه الأحزاب الثلاثة هي :

(١) الخوارج

(٢) الشيعة

(٣) جمهور الأمة ويسمون أهل السنة والجماعة،

الخوارج

هم طائفة من الأمة الإسلامية كان من أول أمرهم أنهم تقموا على عثمان رضى الله عنه أشياء كإثارة آل بيته بالولايات فخرجوا عليه وانتهى الأمر بقتله رضى الله عنه ثم انضموا إلى من بايعوا غلبا بالخلافة ثم تقموا عليه تحكيمه الحكمين أنى مرسى الأشعري وعمرو بن العاص وكانوا هم الذين أشاروا عليه بقبول التحكيم ، ثم انتقضوا عليه بعد ذلك ، وعاثوا فى الأرض فسادا فاضطر على سلام الله عليه إلى مقاتلتهم حتى فر من بقى منهم . ثم توالى خروجهم على خلفاء بنى أمية ، ثم خلفاء بنى العباس ، ولهم أخبار ووقائع فى التاريخ مشهورة . وقد انقسموا فرقا كثيرة ونجحوا فى بلاد المغرب ووجدوا هناك تربة خصبة لنشر مذهبهم بين قبائل البربر . وانحاز فريق منهم إلى الجهة الشرقية الجنوبية من جزيرة العرب فرارا من جيوش الخلفاء .

وجملة القول فى مذهبهم أنهم يرون أن الخلافة الإسلامية موكول أمرها إلى الأمة تختار خليفتها من أى بيت كان متى توافرت فيه شروط تولى الخلافة . وهذا بخلاف مذهب الشيعة فإن هؤلاء يرون أن أولى الناس بالخلافة هم أهل البيت النبوى على وأولاده . وبخلاف ما ذهب إليه جمهور الأمة من أن الخليفة يجب أن يكون قرشيا .

ومن مذهب الخوارج أن الخليفة لا تجب طاعته إلا إذا كان عاملا بكتاب الله تعالى ومتبعا لسنة رسوله وغير خارج عن الحدود التى بينها الكتاب والسنة فإن خالف برثوا منه ووجبت معصيته . ولذا كانوا راضين عن أبى بكر وعمر

وناقمين على عثمان لمخالفته سنة أبي بكر وعمر وإيثاره أهل بيته على غيرهم وعلى
على لرضاه بالتحكيم ، وعلى معاوية لاستيلائه على أمر المسلمين بالقوة بدون
اختيار وانتخاب منهم . ولذا كانوا يستييحون قتال خلفاء المسلمين لمخالفتهم
أوامر الله تعالى ، على زعمهم .

والآن توجد طائفة تسمى بالإباضية (نسبة إلى عبد الله بن إباض الذي
كان معاصرا لعبد الملك بن مروان في النصف الثاني من القرن الأول للهجرة)
وهم مفرقون في امامة مستط بلغان ، وبلاد زنجان بشرق أفريقيا وجبال
نفوسه ببلاد طرابلس وجزيرة جربة بتونس - ويسمون بالخوامس - وجنوب
بلاد الجزائر . والمؤرخون يعتبرونهم من الخارج ، ولكنهم ينكرون ذلك .
وعند طائفة الإباضية فقه عظيم ومن أشهر كتبهم في ذلك شرح النيل
وشفاء الغليل في عشرة مجلدات ، وفي مكتبة كلية الحقوق نسخة منه . وقد
اطلعت عليه وعلى غيره من كتبهم في العقائد والحديث والأخلاق فوجدتهم
معتدلين لا يؤخذ عليهم شيء مخالف للكتاب ولل سنة إلا في بعض أشياء للنظر
فيها مجال ، على أنهم متشددون في رواية الحديث ومتحرون لذلك أشد التحري
وقدوتهم في فقههم الأمامان العظيمان جابر بن زيد صاحب ابن عباس ، والحسن
البصري امام أهل البصرة الذي هو أشهر من نار على علم

الشيعة

الشيعة هم المحبون والأنصار ، والواحد شيعي ، والمراد بهم شيعة آل البيت
النبوي على وأولاده سلام الله عليهم أجمعين .

والشيعة يرون أن أولى الناس بالخلافة على وأولاده ، وأن النبي ﷺ
أوصى بالخلافة إلى علي .

وقد اتفقوا على أن الامام بعد علي ابنه الحسن ، وبعد الحسن الحسين وهو الامام الثالث . وبعد ذلك اختلفوا فذهب فريق إلى أن الامام الرابع هو محمد بن علي ، الشهير بابن الحنفية (لأن أمهم بنى حنيفة ، إحدى قبائل العرب) ويسمى هؤلاء بالكيسانية ، نسبة إلى كيسان مولى محمد بن الحنفية ، وقالوا ان الامام بعد محمد ابنه أبو هاشم . ولما أحس أبو هاشم بالموت لم ير أمامه من أهل بيته أحدا إلا ابراهيم بن علي بن عبد الله بن عباس فأفضى إليه بالأمربعده ، ولما قتل ابراهيم قام بعده أخوه أبو عبد الله السفاح أول خلفاء بني العباس . ومن هنا ترى أن الخلافة جاءت إلى بني العباس من هذا الطريق

وذهب الفريق الأعظم منهم إلى أن الامام الرابع هو علي بن الحسين الشهير بزین العابدين . ثم انقسموا إلى فرقتين

الأولى جعلت الامام الخامس بعد علي زين العابدين ابنه زيدا ، وهؤلاء هم الزيدية . ولهم تاريخ طويل وهم الآن أئمة الين .
والثانية جعلت الامام الخامس بعد علي زين العابدين ابنه محمدا الملقب بالباقر ثم جعلوا الامام السادس جعفرا الصادق ابن محمد الباقر . ثم انقسموا إلى فرقتين

الأولى جعلت الامام بعده ابنه اسماعيل الذي مات في حياة أبيه لتوصل بذلك إلى جعل الامامة في أولاد اسماعيل . وهذه الطائفة تسمى بالاسماعيلية . وقد لعبوا دورا هائلا في تاريخ الاسلام ومنهم من أراد أن يقلب رأسا على عقب وهم المسمون بالباطنية وكانوا أشد خطرا على الاسلام من كل أعدائه وحديثهم يطول جدا . ومنهم الدولة الفاطمية التي أنشأت مدينة القاهرة سنة ٣٥٩ هجرية أي منذ ألف سنة وكانوا خلفاء بمصر مدة مائتي سنة وقبل

ذلك كانوا بالمغرب متغلبين سبعين سنة والاسماعيلية الآن فريقان أحدهما يتبع
أغا خان الشير ، والثاني يسمى بالبهرة وكلا الفريقين ببلاد الهند وربما بلغ
عددهم أربعة ملايين أو أكثر ويقال لهم الداودية والسليمانية

والثانية جعلت الامام بعد جعفر الصادق ابنه مرسى الكاظم وهم الامامية
ويسمون أيضا الاثني عشرية لقولهم بأن الأئمة المعصومين من آل البيت
اثنا عشر إماما ، ويقال لهم أيضا الجعفرية نسبة الى جعفر الصادق

ومرسى الكاظم هو الامام السابع عندهم وبعده ابنه علي الرضا وهو الامام
الثامن وقد جعله الخليفة المأمون العباسي ولي عهده لكنه مات قبل موت
المأمون . وبعد علي الرضا ابنه محمد الجواد وهو الامام التاسع ، وبعده علي
الهادي ابن محمد الجواد وهو الامام العاشر وبعد الهادي ابنه الحسن العسكري
وهو الامام الحادي عشر وبعد الحسن ابنه محمد المهدي وهو الامام الثاني عشر
وقد اختفى بمدينة « سرمن رأى » المعروفة بعد ذلك بسامرا وعمره تسع
سنين وكان ذلك سنة ٢٦٤ هـ — ٨٧٧ — ٨٧٨ م والشيعه ينتظرون خروجه
إلى الآن ليملا الأرض عدلا وينقذها من الظلم فهو عندهم الامام المنتظر .

والشيعه الامامية مسلمون يؤمنون بالله ورسوله وبالقرآن وبكل ما جاء
به محمد ﷺ ومذهبهم هو السائد على البلاد الفارسية ، وهو منتشر بالعراق ،
ولهم محاكم في بغداد تسمى بالمحاكم الجعفرية ومقر إمامهم وعلماهم مدينة النجف
بالقرب من كربلاء التي قتل فيها الحسين عليه السلام

ولا مخالفة بينهم وبين جمهور المسلمين إلا اعتقادهم بأن الخليفة الحق بعد
النبي ﷺ هو علي بن أبي طالب عليه السلام وأن النبي ﷺ أوصى اليه بذلك
ولذلك يسمون عليا بأوصى . وأن الخلافة بعد علي في أولاده علي ما بينا وأن

هؤلاء الأئمة الاثني عشر كلهم معصومون كالأنبياء : إلا أنهم ليسوا بأنبياء (١) وأنه يؤخذ بأقوالهم في التشريع كما يؤخذ بقول النبي ﷺ وفي الشيعة الامامية قديما وحديثا فقهاء عظام جدا وعلماء في كل علم وفن وهم عميقو التفكير واسعو الاطلاع ومؤلفاتهم تعد بمئات الألوف وقد اطلعت على الكثير منها . ولهم نظام في المواريث غير النظام الذي عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من جمهور الأمة . ويقولون بجواز النكاح الموقت (المتعة) وهو عقد باطل عند غيرهم من المسلمين وفيما عدا ذلك فالأمر متقارب . ومن مذهبهم أيضا جواز الوصية للوارث في حدود الثلاث ، وقد قال بهذا بعض أئمة الزيدية وبعض المفسرين منا . وعدد الشيعة الامامية في جميع الجهات التي هم فيها يتراوح بين ٥٠ و ٧٠ مليوناً وكثير منهم بالبلاد الشامية (أنظر كتاب تاريخ الشيعة)

جمهور الأمة أو أهل السنة والجماعة

هم السواد الأعظم من المسلمين الذين مشوا على الجادة ولم ينحرفوا يمنة ولا يسرة وهم المعتدلون في عقائدهم وفي فقههم ومنهم أئمة المذاهب الاربعة وغيرهم .

وبعد هذا التمهيد أذكر حال الفقه في دوره الاول في عهد الخلفاء الراشدين فأقول :

ان هذا الدور ينقسم إلى مدتين (الاولى) مدة خلافة الشيخين أبي بكر

(١) يوجد في الشيعة غلاة خرجوا بعقيدتهم من دائرة الاسلام ولكن

هؤلاء غير ملتفت اليهم من جمهور الشيعة الامامية

وعمر (والثانية) مدة الخلفاء الثلاثة عثمان وعلي والحسن

المدة الاولى

كان مرجع أبي بكر في طلب الاحكام الشرعية الى القرآن ، فان لم يجد فيه نصا على حكم الحادثة التي يريد حكمها التمس فيها بحفظه من سنة رسول الله ، فإن لم يجد في محفظة نصا على حكم الحادثة سأل الصحابة فإن وجد لدى بعضهم نصا في ذلك أخذ به بعد التثبت والتأكد من صحة نسبه الى الرسول وكان يستشهد شاهدا آخر مع راوى الحديث على صحة هذا الحديث فان لم يجد رجوع الى ما تطمئن اليه نفسه مما يراه صوابا . ومن الأخير رأيه في معنى الكلالة وفي توريث الجد مع الإخوة

وكذلك كان عمر . وقد زاد عمر على أبي بكر أنه كان يعمل برأى أبي بكر إن اقتنع به . وكانت الطريقة التي ذكرناها هي الطريقة عند جميع الصحابة في أفتيتهم وفتاواهم ، القرآن أولا ، والسنة ثانيا ، والرأى في حدود ما يتحقق به مراد الشارع من طلب المصالح ودرء المفاسد ثالثا

وكان الشيخان أبو بكر وعمر رضى الله عنهما يجمعان كبار الصحابة للاستشارة في المسائل الهامة من الأمور المعضلة ، وكانوا إذ ذاك قليلين لم يارحوا المدينة فإن اتفقوا على رأى في المسألة كان إجماعا منهم لا يسوغ لأحد مخالفته . وقد يبدى بعضهم رأيه بالقول ويسكت بعضهم لكن تدل القرائن على أن سكوته موافقة فيعتبر هذا إجماعا أيضا ويسمى بالاجماع السكوتي

وقد توسع عمر في القضاء والفتيا بالرأى وتقرير النظم العامة للدولة في حدود العدل ورعاية المصالح وتحقيق غرض الشارع مما فهمه من معاني النصوص والغاية من التشريع في الشؤون الدنيوية .

ومن ذلك وضع الخراج ، وإنشاء الدواوين ، وعدم قطع أيدي السراق في حالة المجاعة ، وتمريقه بين الرجل الذي تزوج امرأة وهي في عدتها وتحريمها عليه إلى الأبد إذ كان قد دخل بها ، وتوريثه مبانة المريض مرض الموت وهي في العدة ، وجعله عنة ممتدة الطهر تسعة أشهر بعدها ثلاثة ، وحكومته بين الضحاك بن خليفة ومحمد بن مسلمة إلى غير ذلك مما لا يحصى كثرة

المدة الثانية

تمتاز هذه المدة عن المدة الأولى بانقل كثير من كبار الصحابة من المدينة إلى غيرها من الأمصار الإسلامية يحمل كل منهم من العلم ما لا يوجد بعضه عند غيره . وبذلك اتسعت دائرة الخلاف في المسائل الفقهية أكثر مما كانت عليه من قبل . إذ كان الخلاف أولاً إنما هو في فهم بعض النصوص القرآنية واختلاف الرأي في الجمع بين النصين المتعارضين أو ترجيح أحدهما على الآخر . وقد كان الأخذ بالأحاديث محتاطاً فيه أشد الاحتياط ، وجمع كبار الصحابة ميسر جداً إذ كانوا في مكان واحد فلا غرو أن كان الخلاف في تلك المدة محصوراً فيما سبق وفي تفاوت الآراء بين المفتين في تقرير حكم المسألة تقريراً مبنيّاً على رعاية المصلحة وتحقيق غرض الشارع من التشريع وبالجملة كان المتبع في هذه المدة الثانية هو الأخذ بالكتاب ثم بالسنة ثم بالرجوع إلى الرأي في حدوده المتقدمة . وقد بقي بعضهم أو يقضي في حادثة برأيه والجمال أن عند غيره حديثاً فيه حكم الحادثة أو جواب الفتوى لكن الأول لا يعلم فمن هنا نشأ خلاف جديد لم يكن في المدة الأولى

انقضى الدور الأول بانتضاء دولة الخلفاء الراشدين وحال التشريع والفتنه
على ما ترى

(١) لم يكن للسليين كتاب مدون يرجع اليه في طلب الأحكام القضائية
وأجوبة الفتاوى إلا القرآن . وأما السنة فكان الاحتياط شديدا في الأخذ
بما يروى منها - ولا سيما في المدة الأولى من هذا الدور - وهي لم تدون بعد
(٢) لم تكن مسائل الفقه مدونة في كتاب بل كانت تتناقل بالمشافهة مع
اختلاف طرق الاستنباط وتفاوت الأفهام فضلا عن حمير المسائل في أبواب
يمتاز بعضها عن بعض كمسائل الزواج ، ومسائل البيع ، ومسائل الرهن ،
وهلم جرا فان شيئا من ذلك لم يكن

(٣) وينتج مما تقدم انه لم يكن وقتذاك قانون بالمعنى المصطاح عليه الآن
يرجع اليه في القضاء ؛ ولم تكن نصريش الشريعة كما قد اجتمعت في حين
واحد بل كان جميع القضاة والمفتين يرجعون إلى كتاب الله بالاجماع فان وجد
الحكم أو الجواب فيه وجب الأخذ به حتما على الجميع ، وإن لم يوجد فكل
يحكم أو يفتي بما ثبت عنده من سنة الرسول ودييه ، وإلا كان الرجوع إلى
الرأى - بأوسع معانيه - ومنه القياس على ما أسلفنا

(٤) وجرد خلاف قليل مرجعه إما إلى فهم النصوص أو تعارضها أو
الاختلاف في الرأى . وهذا أمر لا بد منه حتما ، كما يعرف ذلك من مراجعة
قواعد الأصول

وفي هذا الدور اشتهر أناس من كبار الصحابة بالفتوى وكانوا مرجع
الامة في معرفة الأحكام الشرعية . منهم الخلفاء الأربعة وزيد بن ثابت وعبدالله
ابن مسعود .

ويلاحظ أن المفتين ما كانوا يفتون إلا في الحوادث التي وجدت فعلا فلم يكن في هذا الدور فقه يقرر أحكاما لحوادث لم تقع . وعلى خلاف ما آل إليه الأمر بعد وجرد أئمة المذاهب الفقهية ومقلديهم من افتراض المسائل التي لا وجود لها لتقرير أحكامها حتى إذا وقعت الحادثة وجدت حكمها سابقا لها . ولقد توسعوا في افتراض المسائل حتى أوردوا منها مالا وجود له إلا في مخيلة المفترض أو بما لا ينبغي إضاعة الوقت في الاشتغال به .

المقالة الثالثة

في الدور التالي من أدوار الفقه

في مدة دولة بني أمية من سنة ٤١ هـ إلى سنة ١٣٢ م

تمهيد

ابتدأ هذا الدور والمسلمون منقسمون إلى الأحزاب الثلاثة المتقدمة لكن ما عدا الخوارج والشيعة بايعوا معاوية بالخلافة واجتمعوا حوله . وكان الناس قد سئموا الحروب فبدأت ثأرتهم ولو ظاهرا وساعد على ذلك حلم معاوية وسعة صدره وبعد نظره في السياسة

فلما مات معاوية سنة ٦٠ هـ — ٦٧٩ م تولى الأمر بعده ابنه يزيد ، وفي الصحابة وأولادهم من هم أولى منه بالخلافة كإبن عباس والحسين وابن عمر وابن الزبير وغيرهم . وكان يزيد سيء السيرة غير أهل لتولى أمور الناس . لذا نشط حزب الشيعة وحزب الخوارج والذين يرون أنفسهم أولى بالخلافة من يزيد . فعمت الفتن البلاد الإسلامية وقتل الحسين وجماعة من أهل بيته بكر بلاء فاشتد الهول وعظمت الفتنة ودعا عبدالله بن الزبير لنفسه بالخلافة واتسعت رقعة منك . ومات يزيد والفتنة في أشدها

بعد ذلك تولى الأمر مروان بن الحكم ثم ابنه عبد الملك وكان عبد الملك سياسيا حازما ولكن ليس له لين معاوية ولا حله بل كان قاسيا . . . قد استعان

بالحجاج بن يوسف الثقفي فبدأت الفتن بعد حروب كثيرة ، وقتل عبد الله بن الزبير وصفا الجور لعبد الملك وكان له مع الخوارج حروب تشيبت لها ولدان ، وتولى الأمر بعده ابنه الوليد وفي عهده فتحت بلاد الأندلس (إسبانيا) فلما تولى الأمر عمر بن عبد العزيز ابن مروان (٩٩ — ١٠١) نشط دعاة العباسيين وكونوا جماعة سرية ببلاد فارس انتهى أمرها بنقل الخلافة من بني أمية إلى بني العباس في ١٣ ربيع الأول سنة ١٣٢ — ٦ أكتوبر سنة ٧٤٩ ويلاحظ أن دولة بني أمية كانت دولة عربية بحتة ، خلفاؤها وقواد جيوشها وجميع عمال الدولة ، وهذا بخلاف الدولة العباسية ، على ما سترى

حال الفقه في هذا الدور الثاني

كان القضاة والمفتون في هذا الدور على سنن من كان قبلهم فيلتمس أحدهم الحكم أو الجواب في القرآن فان وجده عمل به ، وإلا اتمسك في السنة فان وجده وصح الحديث عنده أخذ به ، وإلا رجع إلى الرأي على ما أسلفنا وقد كثرت الأحاديث المنسوبة إلى النبي ﷺ بسبب منع التشديد على الرواة وتفرقت في البلاد المتناحية بتفرق حاملها ، وبهذا تتسع دائرة الخلاف لا محالة لأن ما عند من في الشام لا يعرف كله أهل العراق ، وكذا العكس ، وكذا سائر الأمصار

وبما يؤسف له أشد الأسف أن من الناس من كان له جرأة على وضع أحاديث مكدوبة لما رآب شتى . وقد أنكر كل من الأحزاب الثلاثة على غيره ما كان يحتاج به من الأحاديث لنقوية رأى حزبه . وما كان بعضهم يثق برواية البعض الآخر وبهذا زاد الأمر خطورة وتعقيدا .

وقد انقضى العصر الاموى ولم يدون فيه كتاب في الفقه يجمع المسائل

التي تندرج تحت باب واحد بعضها مع بعض ، ويقرر لها القواعد والروابط
لكن كثر المفتون جدا من العرب والموالي الذين دخلوا في الاسلام من غير
العرب وازدادت الاحكام الفقهية زيادة عظيمة جدا بسبب ما اتصل بالحضارة
الإسلامية من حضارات الأمم الأخرى كالفرس والروم
غير أن العصر الأموي قد امتاز بميزتين عظيمتين جدا هما النزاع بين الرأي
والحديث ، وتدوين السنة

النزاع بين الرأي والحديث

وجد في هذا الدور فريقان من علماء الأمة أحدهما أهل الحديث وأغلبهم
كانوا في الحجاز ، والثاني أهل الرأي وأغلبهم كانوا بالعراق
فأهل الحديث كانوا لا يخرجون من محيط ما عرفوه من النصوص وينقبض
أحدهم من جواب الفتوى إذا لم يجد نصا يدل عليه . ولم يكن بين المسائل التي
يفتى بها هؤلاء روابط تربطها ولا ضوابط تضبطها ولا أصول تجمعها ولا
قواعد تنتظمها . ولعلمهم كانوا يرون أن الشريعة لا دخل للعقل في تقرير
أحكامها ، بل ما ثبت عندهم بحجته عن الله ورسوله يجب أن يؤخذ بدون بحث
ولا تعقيب إذ ليس للعبد أن يتساهى بعقله إلى ما يشرعه الرب ويتعقبه بالرأي
وبالجملة كان هؤلاء يقفون عند حرفة النص ولا يتعدونه

وأهل الرأي كانوا يوافقون أهل الحديث في التماس الحكم أو جواب
الفتوى من النصوص ويخالفونهم في أن أحدهم إذا لم يجد حكما أو جوابا في
نصوص الكتاب ولا فيما ثبت عنده من نصوص السنة كان لا يحجم عن أن
يلتجئ إلى التماس الحكم أو الجواب بالرأي

وكان هذا الفريق الثاني يرى أن الشريعة مبنية على أصول محكمة يدركها

العقل بما يستخلصه من مجموع النصوص. وكانوا يحبون أن يعرفوا العلة والغايات التي من أجلها شرعت الأحكام . وقد ردوا بعض أحاديث لمخالفتها للقواعد العامة على حسب ما رأوا

وأقول الحق انه لولا أهل الرأي لكانت أحكام الشريعة الإسلامية ممزقة الأوصال مفككة العرى لا تربطها رابطة ، بل أقول انها تكون بمنزل عما كان عليه هدى الرسول والخلفاء الراشدين من بعده . فجهرد أهل الرأي هي التي نظمت الفقه وجعلته علما ذا قواعد وأصول معلل الأحكام متين البناء وثيق العرى على أن أئمة الفقه من أهل الحديث قد اضطروهم اتساع الحضارة الإسلامية وكثرة الحوادث كثرة لم تكن تخطر لهم ببال أن يقولوا بالرأي في حدود القياس . بل أقول انهم قالوا بالرأي استرسالا مع المصالح المرسلة وأنا أعرف من ذلك من الشواهد في كل مذهب من المذاهب المدونة الشهيرة مالا يحصى كثرة مما هو مبنى على المصالح المرسلة ومنها ما خصصوا به عموم النصوص

تدوين الأحاديث

بدأ تدوين الأحاديث على رأس المائة في عهد عمر بن عبد العزيز بأمر منه . وقام بذلك جماعة من كبار أئمة الحديث في الأمصار الإسلامية . ولكن الأحاديث في بداية تدوينها كانت تجمع جمعا بدون ترتيب ولا ترتيب . إلى أن جاء الامام مالك بن أنس وألف كتابه الموطأ فجمع فيه ما صح عنده من الأحاديث مع أقوال الصحابة والتابعين مرتبا مبوبا على أبواب الكتب الفقهية . وقد اطلع عليه الخليفة المنصور العباسي وأراد أن يكون مرجع الأمة في أفضيتها وفتاواها فاعتذر الامام مالك وقال للخليفة ان الموطأ لم يجمع

كل الأحاديث الثابتة عن رسول الله لتفرق الصحابة وحمله السنة في البلاد
فرجع المنصور عن رأيه

وفي هذا الدور كثر المفترون كثرة عظيمة جدا من العرب والموالي
وظهر فيهم أئمة عظام يشار إلى كل واحد منهم بالبنان في جميع الأقطار
الإسلامية المدينة ومكة والبصرة والكوفة ودمشق ومصر واليمن وغيرها كل
منهم يفتى بما ثبت وصح عنده . وقد اتسعت دائرة الخلف بينهم عما كانت عليه
الحال من قبل للأسباب المتقدمة وقد ذكرنا ذلك فيما سبق

المقالة الرابعة

في الدور الثالث منه أدوار الفقه

وهو دوو تدوينه وجعله علما كسائر العلوم

تمهيد

قلت فيما سبق ان الدولة الاسلامية إلى آخر مدة بنى أمية كانت عربية محضة في كل شيء فلما جاءت الدولة العباسية كان العرب قد امتزجوا بالفرس وكان الخلفاء العباسيون يعتمدون في السياسة والادارة وسائر أعمال الدولة على العرب والفرس جميعا . فلما تولى المأمون الخلافة بعد انتصاره بواسطة من معه من الفرس على أخيه الأمين جعل اعتماده في شؤون الدولة على الفرس دون العرب . فلما تولى الخلافة بعده أخوه المعتصم سنة ٢١٨ هـ اعتمد على الترك واسكثر منهم . وما زال الترك يعلو شأنهم حتى تغلبوا على الخلفاء العباسيين وصارت الكلمة كلتهم والسلطان لهم ولم يبق للخلفاء العباسيين في القرن الرابع من الخلافة إلا اسمها فقط . وتكونت ممالك جزئية بعضها في بلاد فارس وبعضها في المغرب ومصر وبعضها في البلاد الاسلامية الأخرى مما يطول شرحه . وبالجمله فقد ضعف سلطان العرب السياسى أو زال بالسكاية في سنة ٣٣٠ هـ

وانتقل الأمر إلى غيرهم إلا في مصر فقد كانت فيها الدولة الفاطمية وهي تعد

دولة عربية فبعد أن بنى المعز مدينة القاهرة سنة ٥٣٥٩ هـ — ٩٧٠ م بقى الفواطم في مصر إلى سنة ٥٦٧ هـ — ١١٧١ م حتى أزال ملكهم صلاح الدين الأيوبي ودخلت مصر تحت سلطان الأيوبيين من الأكراد ثم تحت سلطان المماليك من الجركس والترك ثم تحت سلطان الدولة العثمانية

تدوين الفقه وظهور الأئمة العظام أصحاب المذاهب المدونة

في هذا العصر دخل الفقه في دور التدوين بعد دور التكوين واتسعت مسائله باتساع الحضارة وامتزاج الأمم الأخرى بالعرب بعد أن انتظم الجميع عند الإسلام وصار للموالى شأن عظيم جدا في جميع العلوم الإسلامية من حديث وفقه وتفسير وعلوم اللغة العربية على اختلاف أنواعها والعلوم الأخرى من رياضية وفلسفية مما ترجم من الكتب اليونانية والفارسية وغيرها وشارك الغرب الموالى في كل ذلك وبعد كتابة مالك موطأ كثرت الكتابة في الحديث وكان من المؤلفين من يجمع الأحاديث المروية عن صحابي واحد بعضهم بعض بصرف النظر عن موضوعاتها، ثم يذكر الأحاديث المروية عن صحابي آخر كأبي بكر ثم عمر ثم عثمان ثم علي وهلم جرا. وتسمى هذه المحاميع بالمسانيد، وأشهرها مسند الإمام أحمد وهو مطبوع بمصر في ستة أجزاء ضخام ومنه يعرف مقدار ما روى عن كل صحابي كثرة وقلة، ولم يعز أصحاب المسانيد بتميز الصحيح سنده من الضعيف، وبعض المصنفين كان يرتب الأحاديث في مؤلفه بحسب الأبواب الفقهية، فيجمع أحاديث الصلاة بعضها مع بعض، وكذا أحاديث الزواج، والبيع، والهبة الخ بصرف النظر عن الصحابي الذي روى عنه الحديث وكانت أقوال الصحابة والتابعين من أفضية وفتاوى وآراء ممزوجة بالأحاديث المروية عن الرسول.

ثم ألفت طائفة من أئمة الحديث كتباً اقتصروا فيها على الأحاديث المروية عن الرسول وأفعاله وتقريراته فقط . وبعد ذلك عيّنت طائفة أخرى بالاقتصار على جمع الأحاديث التي صح سندها لتوافر شروط الرواية من عدالة وثقة وضبط في كل راوٍ من سلسلة رواة الحديث إلى الرسول . ومن أجل هذه الكتب وأعظمها نفعا وأشهرها صحيح البخاري وصحيح مسلم^(١)

ونشأ في هذا العهد فن جديد وهو فن نقد رواة الحديث وبيان ما قيل من الجرح والتعديل في كل راوٍ . ومن أشهر هذه الكتب تهذيب التهذيب لابن حجر^(٢) وهو مطبوع في الهند في اثني عشر مجلداً ومنتشر في مصر ،

وبهذا وجدت المادة الثانية للفتنة مدونة منقحة وهي السنة بعد القرآن الكريم وسهل الأمر جداً على طالب النصوص من الكتاب والسنة قول يبق إلا الاجتهاد الذي تظهر به مواهب العقول حتى لم يفته الترن الثاني من الهجرة إلا وكل شيء من علوم الشريعة قد وصل إلى الذروة

الأئمة المجتهدون

في هذا الدور كالذي قبله كان القضاة والمفتون يرجعون إلى الكتاب ثم إن السنة ثم إلى الاجتهاد كل واحد بحسب ما يترجح عنده ، وقد أثرت

(١) البخاري هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل المولود ببخاري سنة ١٩٤ والمتوفى سنة ٢٥٦ ومسلم هو مسلم بن الحجاج النيسابوري المولود سنة ٢٠٤ والمتوفى سنة ٢٦١ وقد اعتنى العلماء بكل من صحيح البخاري وصحيح مسلم أشد العناية وشرح كل منهما عدة شروح وطبعاً مرات كثيرة جداً

(٢) هو أحمد بن علي بن حجر العسقلاني وله شرح فتح الباري على البخاري وهو من خير كتب الحديث على الإطلاق . توفي سنة ٨٥٢

الحضارات المختلفة والبيئة الأولى في تكييف كل واحد منهم مع التفاوت في
الآفهام ، واعتبار الرأي أو عدم اعتباره . فلا عجب أن اتسعت مسافة الخلف
بينهم اتساعا هائلا . وقد أدرك ذلك الكاتب العظيم عبد الله بن المقفع فكتب
إلى الخليفة المنصور رسالة يطالب إليه فيها وضع قانون شرعى يكون مرجعا
لكل القضاة وإلا يترك الأمر هكذا فوضى . ولكن المنصور لم يوفق إلى هذا
العمل الجليل النافع الذى لو تم لكان باكورة لقوانين شرعية منظمة محكمة
يراعى فيها دائما ظروف الزمان والمكان فى نطاق ما جاء به الاسلام وهدى
الرسول الأعظم وخلفائه الراشدين

فلما دونت المذاهب وقام لكل منها أنصار وساعد الخلفاء والملوك
والسلطين بعضها بدأ القضاء بتقيد حتى أواخر المائة الرابعة تقريبا حيث غلب
والتقليد على طلاب الفقه إلا قليلا منهم فعم تقيد القضاء والفتيا بالمذاهب التى
وجدت حظوة عند هؤلاء أو راجت بين جمهور الأمة لأسباب مختلفة، وسيأتى
إجمال القول فى ذلك .

وهاك نبذة عن أشهر الأئمة المجتهدين بقدر ما يسمح الوقت

الامام أبو حنيفة

هو النعمان بن ثابت ولد بالكوفة سنة ٨٠ وتوفى ببغداد سنة ١٥٠ وتلقى
الفقه عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم عن علقمة من ابن مسعود . وكان أبو
حنيفة خزازا بالكوفة (١) وقد اشتهر بين الناس بصدق المعاملة واعلام المشتري

(١) الخزاز هو الذى يبيع الخبز وهو الثياب المتخذة من الحرير أو من
الحرير المخلوط بالصوف . والمما كسة فى البيع هى المسماة فى عرفنا الآن
بالفصال فى البيع

بالثمن الحقيقي وكرامة المما كسة . ولما طلب الفقه على رأس المائة الثانية نبغ فيه نبوغا عظيما . وكان يطرح المسألة على من يحضره من طلاب العلم ويتناقشون فيها جميعا حتى يستقر الرأي على جواب فيها أو يحتفظ كل برأيه وبهذا كانت مسائل فقهه لا تقرر إلا بعد المناظرة والأخذ والرد فيها غالبا

وكانت طريقته في استنباط الأحكام الفقهية ما قاله هو عن نفسه

« انى أخذ بكتاب الله إذا وجدته ، فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله ﷺ والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدي الثقات فإذا لم أجده فى كتاب الله ولا سنة رسول الله أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع من شئت ، ثم لا أخرج من قولهم الى قول غيرهم ، فاذا انتهى الأمر الى ابراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب ^(١) فلي أن أجتهد كما اجتهدوا » .

وقد برع فى القياس والاستحسان وتوسع فيهما وكذا أصحابه حتى اتسعت بذلك السائل الفقهية وكثرت . كثرة عظيمة جدا وكانوا كلهم يفترضون صوراً للسائل ويلتمسون لكل صورة جوابا ، وبهذا خالفوا سنة من قبلهم فقد كان أولئك لا ينظرون إلا فى أحكام الحوادث التى وقعت بالفعل ولا يفترضون حوادث ولا مسائل ولا يفرعون تفريعات لا وجود لها بالفعل بل كان بعضهم يحجم عن جواب المسألة إذا لم يجد فيها نصا وبالجملة فقد نشط فقه الرأي على يد أبى حنيفة وأصحابه ومن كان معهم من فقهاء العراق وقضت بذلك الحضارة الجديدة . ومن ناحية الرأي والتماس العلل والأوصاف المناسبة للأحكام أمكن وضع الروابط التى تربط مسائل الشريعة بعضها ببعض ورد كل طائفة منها إلى أصل تبنى عليه وقواعد تنظمها حتى أصبح الفقه علما ذا قواعد وأصول بعد أن

(١) هؤلاء هم من أجلاء فقهاء التابعين الذين جاءوا بعد عصر الصحابة

كان مسائل مبعثرة لا ألفة بينها ولا ارتباط . حتى أن الذين كانوا يقفون عند المروى من السنة ويهابون التكلم بالرأى انتهى الأمر بكثير منهم إلى الأخذ بالرأى تحت اسم القياس والمصالح المرسلة كما يظهر لك ذلك من مراجعة كتب المذاهب الأربعة وغيرها

وقد كان لأبي حنيفة أصحاب أجلاء أخذوا العلم عنه وشاركوه فى الرأى والاستنباط ونمت بهم مسائل مذهبه وكثرت وقد امتزجت أقوالهم بأقوال إمامهم وسميت جملة ذلك بمذهب أبى حنيفة مع أنها خليط من آرائه وآراء تلاميذه ، ولم يفكر أحد منهم فى الانفصال من استاذه كما انفصل الشافعى عن استاذه مالك بن أنس ، وكما انفصل أحمد عن استاذه الشافعى . ومن أشهر أصحاب أبى حنيفة صاحبه ، أبو يوسف ومحمد بن الحسن .

فأما أبو يوسف فهو يعقوب بن إبراهيم الأنصارى ولد سنة ١١٣ وتوفى سنة ١٨٣ وكان يشتغل أولا برواية الحديث ثم اتصل بأبى حنيفة فكان أكبر أصحابه وأفضل معين له . وله كتاب الخراج فى نظام الاموال والضرائب وقد طبع أكثر من مرة . وهو الذى نشر مذهب أبى حنيفة لأنه كان قاضى القضاة ، فى عهد الخليفة العباسى هرون الرشيد فكان لا يربى قاضيا إلا إذا كان على مذهب أبى حنيفة .

وأما محمد بن الحسن فقد ولد سنة ١٣٢ وتوفى سنة ١٨٩ نشأ بالكوفة وكان يحضر مجلس أبى حنيفة وهو صغير وكان أبو حنيفة يتوسم فيه النباهة والذكاء : لكن أبو حنيفة توفى ومحمد صغير السن فأتى دراسته على أبى يوسف وهو الذى جمع مسائل فقه أبى حنيفة وتولى كتابتها واملأها فى كتبه الستة المشهورة وهى الأصل المسمى ببسوط محمد والجامع الكبير والجامع الصغير

وكتاب السير الكبير وكتاب السير الصغير والزيادات . وله كتب أخرى لم ترو عنه بالثهرة التي رويت بها الكتب الأولى ولذا سميت بالنوادر ولأبي يوسف كتب مروية عنه كذلك . وزيد على ذلك فيما بعد أجوبة الفتاوى لحوادث لم توجد لها أجوبة فيما نقل عن الأصحاب سميت بالواقعات . وبذا صارت مسائل الفقه الحنفي مؤلفة من ثلاثة أنواع (الأول) كتب ظاهر الرواية وهي المرجع الذي يعتمد عليه في المذهب الحنفي (الثاني) كتب النوادر وهي في الرتبة الثانية (الثالث) الواقعات وهي في الرتبة الثالثة لأنها تخرج من مباحث المذهب .

والترجيح بينها بحسب الأصل هو على الترتيب السابق . وقد يرجح بعض المتأخر على بعض المتقدم لأسباب أخرى ليس محلها هنا وقد بينت بيانا وافيا في رسم المفتي وهو القانون الذي يرجع إليه في الفتوى وقد انتشر المذهب الحنفي بقوة السلطان في بلاد المشرق بواسطة أبي يوسف كما أسلفنا وبايثار الخلفاء العباسيين له في القضاء على غيره . وانتشر كثيرا ببلاد المغرب إلى قريب سنة ٤٠٠ حتى غلب على جزيرة صقلية (سديليا) وانتشر بمصر أيضا في أوائل الدولة العباسية وزاحمه فيها مذهب مالك ومذهب الشافعي . وهو الآن منتشر في بلاد الهند بكثرة عظيمة جدا ، وهو السائد على البلاد التركية . وهو مرجع القضاء في مصر إلى الآن (انظر المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) وقد أدخلت بعض تغييرات قليلة من المذاهب الأخرى . والآن قد شرع في تعديل عام يقتضي تحرير القضاء الشرعي من التقيد بمذهب معين وذلك بوضع قوانين جديدة شرعية لكل من المواريث والوصايا والوقف والزواج والطلاق وما يتصل بذلك وهذه القوانين لا تخرج عن نطاق ما جاء به الشرع الاسلامي

غير أنها لم تقيد بمذهب إمام معين . وهي خطوة نرجو أن تكون مباركة
إن شاء الله تعالى

الامام مالك

هو مالك بن أنس الأصبحي أصله من اليمن وقد كان أحد أجداده
أبو عامر من أصحاب رسول الله ﷺ .

ولد مالك سنة ٩٣ بالمدينة المنورة وتوفي بها سنة ١٧٩ ولم يرحل عن
المدينة إلى غيرها من البلاد وكان إماما في الحديث وإماما في الفقه معا . وقد
أجمع الناس على فضله وإمامته في كل منهما

وكان اعتماده في فتواه على كتاب الله أولا ثم على السنة ، لكنه كان
يقدم عمل أهل المدينة على خبر الواحد إذا كان مخالفا له وذلك لاعتقاده
أن أهل المدينة توارثوا ما كانوا يعملون به عن سلفهم وسلفهم
توارثوه عن الصحابة فكان ذلك أثبت عنده من خبر الواحد . لكن الشافعي
وبعض الأئمة خالفوه في هذا بحجة أن كثيرا من السنة حمله بعض الصحابة
معهم إلى الأمصار والبلدان المفتوحة التي رحلوا إليها واستقروا فيها . فليست
السنة كلها محصورة في عمل أهل المدينة ، بل بعضها بل الكثير منها موجود
في غيرها . وعلى ذلك إذا صح الحديث عند هؤلاء أخذوا به سواء أكان
مرافقا لعمل أهل المدينة أم كان مخالفا له على عكس مالك في هذا

وبعد السنة يرجع مالك إلى القياس وما لا شك ولا ريب فيه أن كثيرا
من مسائل مذهبه مبني على المصالح المرسلة (١) حتى أنك لتجد بعض أحكام
المسائل فيه تخصيص لعموم الكتاب بالمصلحة (٢)

(١) انظر مذكرة الأصول صفحة ١٠٣ وما بعدها وانظر الأمثلة هناك

وقد تلقى الشافعى عنه الحديث وتفقه به وحضر دروسه أهل مصر وأهل المغرب وأهل الأندلس واتفعوا به اتفعا كبيرا ونقلوا مذهبه ونشروه فى بلادهم . وكان هو المذهب السائد على بلاد الأندلس بواسطة أمير تلك البلاد كما نشر الخلفاء العباسيون مذهب أبى حنيفة . ومذهب مالك الآن هو السائد على بلاد المغرب وصعيد مصر وبلاد السودان .

وقد طبعت المدونة التى هى أساس فقه مالك مرتين بمصر وهى منتشرة بمصر وكذلك طبع الموطأ مجردا من الشرح وطبع مشروحا بشرح مطولة وموجزة ، وهو منتشر عندنا بكثرة عظيمة جدا واقتبس المشرع المصرى بعض أحكام من مذهب مالك لترجع إليها المحاكم الشرعية فى مصر وكذلك من مذهب الشافعى ابتداء من سنة ١٩٢٠ كما سيأتى .

الامام الشافعى

هو محمد بن إدريس الشافعى القرشى يلتقى نسبه مع النبى ﷺ فى عبد مناف ولد سنة ١٥٠ بمدينة غزة يتيماً ثم انتقلت به أمه إلى مكة ، وتوفى بمصر سنة ٢٠٤ وضرىحه بها مشهور

كان أبوه إدريس قد سافر إلى غزة فى حاجة له هناك وكانت أم الشافعى حاملا به فتوفى والده إدريس هناك وولد الشافعى بتلك المدينة . فرجعت به أمه إلى مكة بعد سنتين من مولده لأن مكة هى الوطن الأصيل لآباء الشافعى . وقد حفظ الشافعى القرآن فى صباه ثم خرج إلى قبائل هذيل ببادية العرب

وكانوا من أفصح العرب فاستفاد الفصاحة منهم وحفظ كثيرا من أشعارهم .
وقد كان يضرب به المثل في الفصاحة . وسمعت من الأستاذ الشنقيطي الكبير
رحمه الله أن اثنين في ذلك العصر لم يسمع من أحد منهما لحن قط ، الامام
الشافعي ، والخليفة المأمون ، قال لنا هذا بمنزله بشارع أمير الجيوش (مرجوش)
بمدينة القاهرة .

وتفقه الشافعي بمكة على شيخ الحرم ومفتيه مسلم بن خالد . ثم رحل إلى
المدينة بعد أن حفظ الموطأ وقرأه على مالك ، وأخذ العلم عنه . فمالك هو
الأستاذ الثاني للشافعي .

ثم سافر إلى العراق ثلاث مرات ، والتقى في خلالها بأصحاب الامام أبي
حنيفة ، وكانت له مناظرات مع محمد بن الحسن ، ونشر بالعراق مذهبه القديم .
ثم جاء إلى مصر سنة ١٩٨ هـ ونزل بمدينة الفسطاط التي فيها جامع عمرو بن العاص
ونشر عليه بين المصريين وكون مذهبه الجديد بمصر . واستمر يملئ على تلاميذه
ويفيدهم من علمه وفقهه إلى أن توفاه الله تعالى إليه سنة ٢٠٤ كما أسلفنا .
ومن أملائه كتاب الأم وهو كتاب جليل عظيم الفائدة ، وقد طبع بمصر .
وهو أساس مذهبه

ومن مفاخر الشافعي رحمه الله وضعه لعلم أصول الفقه فكتب في ذلك
رسائله المعروفة وبذلك ضبطت طرق الاجتهاد واستنباط الأحكام وابتعدت
عن الفوضى بالقدر المستطاع . والشافعي هو الذي نشر مذهبه بنفسه في
العراق وفي مصر ، وقام بذلك تلاميذه بعده فزاحم مذهب الحنفية ومذهب
المالكية وأصبحت له السيادة على ريف مصر (الوجه البحري) وعلى أكثر بلاد
الشام وبعض اليمن والحجاز وأواسط آسيا .

الامام أحمد

هو أحمد بن حنبل الشيباني المروزي ولد بمدينة مرو^(١) سنة ١٦٤ وتوفي ببغداد سنة ٢٤١.

وقد حمل إلى بغداد رضيعا فلما شب تلقى الحديث عن أكابر المحدثين من أهل عصره، وتلقى عنه الحديث الأئمة العظام، ومنهم البخاري ومسلم. وقد غلب عليه الاشتغال بالحديث، حتى لقب بحق بإمام أهل السنة، وصنف مسنده المشهور، في ستة مجلدات وهو مطبوع بمصر كما أسلفنا وأخذ الفقه عن الامام الشافعي ولازمه مدة مقامه ببغداد فهو تلميذ للشافعي في الفقه.

وهو من الأئمة المجتهدين لكنه إلى الحديث أميل منه إلى الفقه. ولم يخرج مذهبه من حدود العراق إلا بعد القرن الرابع، ولم يظهر ظهورا ينافي في مصر إلا في القرن السابع. وقد غلب على بغداد في القرن الرابع. وهو الآن المذهب السائد في البلاد النجدية، ويوجد في بعض أنحاء العراق والشام والحجاز وله طلاب في الأزهر بمصر لكنهم قليلو العدد جدا بالنسبة لاتباع المذاهب الأخرى.

وقد جمع بعض أصحاب الامام أحمد أقواله وفتاواه في مجلدات لكننا لم نطالع عليها. ومن أشهر كتب مذهبه. كتاب المغني لابن قدامة في اثني عشر مجلدا وهو مطبوع بمصر، وهو من أجل وأعظم الكتب الفقهية. ويوجد

(١) هي مدينة مشهورة ببلاد فارس، وفي طبقات الشافعية الكبرى أن أمه جاءت به من مرو وهو حمل إلى بغداد فولدته بها.

غيره كالافتاح والمقنع وشروحهما والفروع ودليل الطالب . وكل هذه الكتب مطبوعة بمصر .

المذاهب الأخرى

لم ينحصر الأئمة المجتهدون في هؤلاء الأربعة ، بل هم لا يحصون كثرة ولا سيما في القرن الأول والقرن الثاني . لكن هذه المذاهب الأربعة هي التي انتشرت بين أهل السنة وقدر لها البقاء بين السواد الأعظم من المسلمين .
وأما مذاهب المجتهدين غيرهم فقد بادت بعد زمن طويل أو قصير مما يطول شرحه ويضيق عنه الوقت

غير أنه يوجد الآن ثلاثة مذاهب أخرى تزامم المذاهب الأربعة وهي
(١) مذهب الشيعة الإمامية ويقال له المذهب الجعفري نسبة إلى الإمام جعفر الصادق وهو السائد الآن على البلاد الفارسية ، ويزاحم مذهب أهل السنة في بغداد والعراق وبعض بلاد الشام ، كما أسلفنا

(٢) مذهب الشيعة الزيدية نسبة إلى الإمام زيد بن علي بن الحسين من أئمة أهل البيت ، كما قدمنا وهو السائد الآن ببلاد اليمن

(٣) مذهب الإباضية نسبة إلى عبد الله بن إباض الذي مات سنة ٨٦ في عهد عبد الملك بن مروان وهو السائد الآن على بلاد عُمان في الجنوب الشرقي من جزيرة العرب وفي بلاد زنجبار . ويزاحم المذهب المالكي في جنوب بلاد الجزائر وفي طرابلس الغرب وبعض جزائر تونس

المقالة الخامسة

في استقرار مذاهب الأئمة الأربعة والمذاهب الثلاثة الأخرى ووجود مقلدين لكل مذهب منها ودنا عن كل مذهب إمام، حتى تركوا الكتاب والسنة ووقفوا عند حدود تلك المذاهب الفقهية

لم ينته القرن الرابع من الهجرة إلا وقد فتر الاجتهاد في الفقه وعكف الناس على المذاهب المدونة ولا سيما المذاهب الأربعة المعروفة عند أهل السنة وقد عاش بجانب هذه المذاهب مذاهب أخرى انتمضت تباعا وكان أطولها عمرا مذهب داود بن علي الأصمباني إمام أهل الظاهر فقد عاش هذا المذهب إلى القرن الثامن الهجري ثم لحق باخرياته من المذاهب المنقرضة . ولم يبق إلا مذاهب الطوائف الثلاث ومذاهب أهل السنة الأربعة وكلها باقية إلى الآن ولكل منها أتباع ومقلدون . وقد ألف في كل منها ما لا يحصى من الكتب المطولة والمختصرة

كذلك القضاء دخل في دور التقيد بأحد هذه المذاهب على حسب مائته له الظروف في كل زمان ومكان . وتبعنا الفتيا القضاء فتقيدت بهذه المذاهب أيضا إلا في القليل النادر في بعض البلاد الإسلامية

والعجل عندنا بمصر إلى سنة ١٩٢٠ كان بالمذهب الحنفي وحده في قضاء المحاكم الشرعية وفي الفتوى . ثم أدخل عليه بعض تعديلات مقتبسة من المذاهب الأخرى كـ بعض أحكام النفقات وتطابق القاضي على الزوج في بعض الحالات وعدة ممتدة الطهر وزوجة المفقود ومدة الحمل وغير ذلك مما دعت إليه الحاجة واقتضته المصلحة

ثم تلت هذه الخطوة خطوة أخرى أوسع منها وهي الأخذ أيضا من غير المذاهب الأربعة المشهورة في حكم وقوع الطلاق المقترن بلفظ الثلاث واعتباره طلاقا واحدة رجعية إذا كانت الزوجة مدخولا بها وإلا فواحدة بآئنة ، وفي عدم وقوع الطلاق المحلوف به إذا كان قصد الخالف من يمينه الامتناع عن فعل شيء أو حمل نفسه على فعل أمر من الأمور . وهكذا إلى آخر ما جاء في تعديل سنة ١٩٢٠ وتعديل سنة ١٩٢٩ وما بينهما

وبعد ذلك جاءت لائحة المحاكم الشرعية المعمول بها الآن وهي القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فأدخلت تعديلات أخرى ذات قيمة عظيمة ، منها اعتبار القرائن من ضمن الحجج الشرعية ، وقبول شهادة النفي بأزاء شهادة الاثبات وموازنة القاضى بين الشهادتين ، وعدم تجزؤ الافرار

والآن جاءت خطوة أوسع مدى مما سبقها وذلك في شهر ديسمبر سنة ١٩٣٧ فقد شكلت بأمر الحكومة لجنة من خيار علماء الفقه الاسلامى ورجال القانون لوضع أربعة مشروعات لقوانين شرعية فى حدود ما فى كتب الفقه الاسلامى بدون تقيد بذهب ببناء على جواز التلقيق حيث يصح أن تكون المسألة الملفقة قرولا لمجتهد . وقد أسلفنا ذلك فى ترجمة أبى حنيفة وصاحبيه

وانى أحمد الله تعالى كل الحمد أن ناديت بهذا الاصلاح قبل تشكيل تلك اللجنة بعشر سنين كاملة أى فى ديسمبر سنة ١٩٢٧ فى مقال افتتاحى فى مجلة كلية الحقوق

وقد تحقق ما دعوت اليه على وفق ما دعوت اليه تماما . وما يسرنى أنى من أعضاء هذه اللجنة حتى الان

وقد أتمت اللجنة مشروع قانون المواريث ومذكرته الايضاحية . ويكاد

يتم مشروع الوصية . وستكون هذه القوانين عامة للعمل بها بين جميع سكان
لقطر المصرى بعد حين من الزمن .
وبقى الان مشروع قانون الوقف ومشروع قانون الزواج والطلاق وما
يتبعهما . نسأل الله تعالى أن يتم ذلك على أحسن حال
تم كتابة فى مساء يوم الأحد ٢٦ صفر سنة ١٣٥٨ — ١٦ ابريل سنة ١٩٣٩
والحمد لله أولا وآخرا

كتبه

أحمد إبراهيم بك

أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة فؤاد
(الجامعة المصرية)

فهرس تاريخ التشريع

صفحة	
١	تمهيد في معنى التشريع والفقه . أنظر مذكرة الأصول صفحة ١٦٧
٢	وما بعدها بيان إجمالى لبلاد العرب منبع الشرع الاسلامى
	المقالة الاولى
٤	التشريع فى عهد الرسالة
٥	القرآن الكريم
	الموضوعات التى احتواها القرآن . عدم الحرج فى التشريع ،
	التدرج فى التكليف الشرعية . أمثلة ثلاثة . المكى والمدنى .
	سور القرآن . كتابة القرآن . أسلوب القرآن فيما جاء به من
	التكليف
١٤	السنة
١٥	القياس والاجماع فى هذا العهد
	المقالة الثانية
	فى الدور الأول من أدوار الفقه فى عهد الخلفاء الراشدين
١٦	تمهيد تاريخى
١٧	الأحزاب الثلاثة . الخوارج والشيعة وجمهور الأمة
١٨	الخوارج
١٩	الشيعة
	الكيسانية . الزيدية . الانصاعيلية . الامامية
٢٢	جمهور الأمة
٢٣	المدة الأولى من الدور الأول
٢٤	المدة الثانية من الدور الأول

المقالة الثالثة

في الدور الثاني من أدوار الفقه في مدة الدولة الأموية

تمهيد تاريخي

٢٧

حال الفقه في هذا الدور

٢٨

النزاع بين الرأي والحديث

٢٩

تدوين الأحاديث

٣٠

المقالة الرابعة

في الدور الثالث من أدوار الفقه وهو دور تدوينه وجعله علما كسائر العلوم

تمهيد تاريخي

٣٢

تدوين الفقه وظهور الأئمة العظام أصحاب المذاهب الأربعة

٣٣

الأئمة المجتهدون

٣٤

أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وانتشار المذهب الحنفي

٣٥

مالك بن أنس وانتشار المذهب المالكي

٣٩

الشافعي محمد بن إدريس وانتشار المذهب الشافعي

٤٠

أحمد بن حنبل وانتشار مذهب الحنبلي

٤٢

المذاهب الأخرى

٤٣

الشيعة الإمامية . الشيعة الزيدية . الإباضية

المقالة الخامسة

في استقرار المذاهب وعصر التقليد وانتصار كل طائفة لما

اختارته مذهبها

مأليه العمل عندنا الآن ، والتعديلات الجديدة

٤٤

المؤلف في كلمات

١٣٦٤هـ - ١٩٤٥م

أحمد إبراهيم : فقيه باحث مدرس . من أهل القاهرة . تخرج بدارالعلوم
سنة ١٣١٥هـ . واحترف التعليم فكان مدرس الشريعة في مدرسة القضاء الشرعي ثم في كلية
الحقوق . وكان من أعضاء المجمع اللغوي . امتاز بأبحاثه في المقارنة بين المذاهب
والشرائع . له نحو (٢٥) كتاباً ، منها « أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية »
و « النفقات » و « الوصايا » و « طرق الإثبات الشرعية » في الفقه المقارن
و « أحكام الهبة والتوصية وتصرفات المريض »
وكان سمح الخلق ألوفاً

مرح النفس . (١)

الأعلام للمزركلي

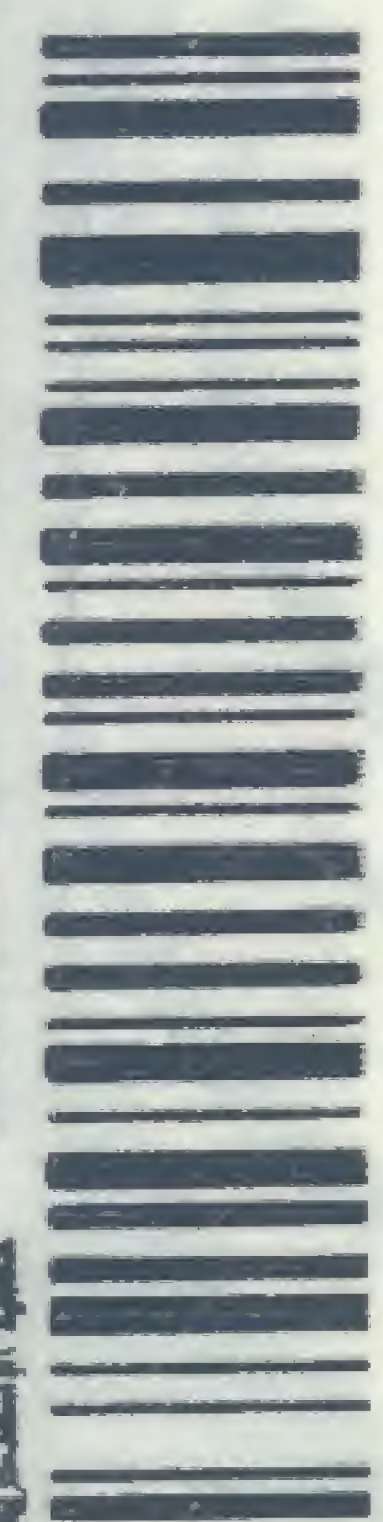
(ج - ١)

(ص - ٨٦)

أسعد سيد أحمد

طبع بالمطبعة الفنية - نفوس : ٩١١٨٦٢

Bibliotheca Alexandrina



0582936